UNIVERSITÉ DE PARIS
FACULTÉ DE DROIT & DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 13 Décembre 1965

par

BERNARD DEMAIN

Diplômé de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Henri MAZEAUD

Suffragants : M. CARBONNIER
M. HEMARD

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544307_0052

La liquidation des biens des concubins

UNIVERSITÉ DE PARIS

FACULTÉ DE DROIT & DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 13 Décembre 1965

par

BERNARD DEMAIN

Diplômé de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris

MEMBRES DU JURY :

Président : M. Henri MAZEAUD

Suffragants : M. CARBONNIER
M. HEMARD

P A R I S
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1968

A mes parents,

hommage de ma reconnaissance.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Il est généralement admis que, dans l'ancien droit romain, le concubinage était regardé comme une union de fait, restant en dehors du domaine du droit et, par suite, n'engendrant aucun effet juridique. Bien qu'il relevât de la loi pénale dans certaines hypothèses — si, par exemple, il avait lieu avec une femme de mœurs honnêtes —, il était en principe licite et les Romains le pratiquaient largement... ; c'était « un fait inévitable — écrit M. Esmein — dans une société antique, où il s'étalait au grand jour sans entraîner aucune défaveur dans l'opinion publique » (1). Après l'Empereur Auguste, le concubinage fut admis comme une union d'ordre inférieur, dont la caractéristique était d'être autorisé entre toutes personnes alors que le mariage n'était possible que si les futurs conjoints appartenaient à la même classe sociale. Certains essais furent faits pour rehausser ce genre d'union et le rapprocher du mariage ; les Empereurs chrétiens travaillèrent en ce sens et Justinien couronna leur œuvre en établissant une réglementation qui faisait produire au concubinage des effets juridiques. Le but poursuivi était de protéger les enfants nés de cette union et de les empêcher de devenir plus tard de véritables abandonnés ; désormais, seuls les non-mariés pouvaient prendre une concubine et ils ne pouvaient en avoir qu'une seule.

(1) Esmein : *Le mariage en droit canonique,* t. II, p. 127.

L'institution de règles strictes mettait un frein certain aux abus qui n'auraient pas manqué de se produire mais il convient de noter qu'ainsi réglementé, le concubinage prenait place dans la législation romaine à côté de l'état de mariage dont l'organisation était assez sommaire car, si les conditions de validité et les effets étaient fixés, il n'y avait point de formes prévues : ni de célébration à proprement parler, ni de solennité. De même, le divorce ne faisait l'objet que d'une réglementation brève et, en particulier, il pouvait être demandé par un seul des deux époux pour les causes les plus diverses ; le lien matrimonial était, en conséquence, assez précaire, et on peut dire qu'entre mariage et concubinage, il existait peu de différences, à part l'*affectio maritalis* qui, présente dans le premier, faisait défaut dans le second.

Toute la législation, dans l'ancien droit français, a été imprégnée sur cette question de droit canonique, l'Eglise ayant — jusqu'en 1789 — légiféré en matière de mariage d'une manière qui s'imposait au pouvoir civil, puisque le mariage était avant tout une question de sacrement. Le concubinage se trouvait, de ce fait, soumis au droit canonique, car il était naturel que l'Eglise, en s'occupant du mariage, fût amenée à s'occuper par la même occasion de ce qui en est, en quelque sorte, la contre-façon. Pour les canonistes, il est une règle absolue : tout commerce sexuel, en dehors des liens du mariage, est une « fornicatio » ou bien même un délit plus grave encore si des circonstances, telles que la qualité des coupables, viennent aggraver le fait lui-même. Considérant le concubinage comme un délit, le droit canonique prévoyait contre les fautifs des mesures pénales ainsi que des sanctions civiles : un Titre de la Pragmatique Sanction de Bourges (2) est consacré aux mesures prises contre les concubins et, un siècle plus tard, au Concile de Trente où fut étudiée toute la question du mariage — caractères, formes, solennité... —, les Canonistes se prononcèrent à nouveau avec véhémence contre le concubinage et renforcèrent les moyens répressifs établis antérieurement. On pouvait craindre, en effet, à cette époque, que les concubinages ne devinssent très nombreux, étant donné la transformation du mariage en un contrat solennel et la disparition complète qui s'ensuivrait, des mariages clandestins.

(2) Titre XIX, *De concubinariis.*

Assez longtemps, le système ainsi établi par les Canonistes fut appliqué et, au XVI^me^ siècle, l'avis de tous se résumait dans ce mot de Guymier : « Concubinatus est crimen ecclesiasticum, et de hoc tantum cognoscit Ecclesia ». Néanmoins, les juridictions royales allaient essayer de se soumettre les juridictions d'Eglise, en réduisant leur compétence et, petit à petit, les mesures édictées, *jure canonico,* contre les concubins, passèrent dans la législation civile si, toutefois, on peut déjà parler de législation à cette époque... Nous voyons alors « le concubinage faire l'objet général de défenses portées par toutes les lois tant civiles que canoniques, et par les Ordonnances du Royaume » (3) et une partie des mesures édictées par l'Eglise être confirmée par le Concordat de 1516 et devenir, à ce titre, loi civile. De plus, il existait tout un système de peines temporelles appliqué lorsque le concubinage était notoire et scandaleux ; dans les cas moins graves, « il n'y a aucune loi pour déterminer avec précision la qualité des peines » (4) mais, si l'on recherche les décisions rendues à cette époque, il semble « qu'elles se réduisent ordinairement à de simples aumônes ou amendes, se prononçant à la requête de la partie publique, outre l'expulsion de la concubine, qui s'ordonne en pareil cas » (5).

En complément de ces mesures pénales, des restrictions sont établies du point de vue civil : les donations et autres dons entre concubins sont nuls, de même que tous les avantages indirects, autres que l'allocation d'aliments (6) ; les mariages célébrés *in extremis* entre complices n'ont aucun effet et les enfants naturels, sauf s'ils ont été légitimés par mariage subséquent, n'ont aucun droit à la succession de leurs parents.

Le droit coutumier contenait, lui aussi, des dispositions contre le concubinage. Certaines étaient dirigées contre tel ou tel point précis : c'était la coutume d'Anjou qui, en son article 342, interdisait de donner quoi que ce soit à la concubine pendant le concubinage. On trouvait, en revanche, dans d'autres coutumes, des prohibitions

(3) Muyart de Voglans : *Les lois criminelles,* p. 219.

(4) *Idem.*

(5) Journal des Audiences et Commentaires, *passim.*

(6) Niquet : *Doctrine des Arrêts,* 1664, p. 151 ; Ordonnance de janvier 1629.

à portée plus générale : la coutume d'Auvergne rangeait le fait d'avoir une concubine parmi les crimes...

Ainsi, dans l'ancien droit, loi, jurisprudence et doctrine étaient unanimes à se liguer contre le concubinage, entreprise illicite tendant à satisfaire les sens au mépris de la loi. Avec le droit intermédiaire, une importante réaction va se produire dans la législation et, en ce qui concerne le droit privé, le bouleversement de certains principes va entraîner d'importantes modifications. Le mariage va, désormais, être considéré comme un contrat exclusivement civil et le divorce — conséquence logique d'une telle manière de voir — sera admis parallèlement. On peut dire qu'avec la sécularisation disparaît l'élément moral, seul frein à l'individualisme et à l'égoïsme ; le lien de droit qui se trouve dans le mariage ne va-t-il pas devenir, de la sorte, tout aussi précaire et instable qu'un lien de fait contre lequel, d'ailleurs, le législateur s'est empressé de ne plus faire de réserve ?...

Le Code civil, en effet, admet, comme seul mode d'union légitime et légale, le mariage dont le lien est juridiquement protégé. Il a voulu ignorer le concubinage alors que le droit pénal le réprime lorsqu'il se complique d'adultère ou constitue un enlèvement de mineur. Les nécessités de la vie sont, pourtant, plus puissantes que la volonté du législateur qui a dû — dans une loi du 16 novembre 1912, modifiant l'article 340 du Code civil — prendre en considération l' « état de concubinage notoire » dans lequel ont vécu la mère d'un enfant et son prétendu père, pendant la période légale de conception, pour permettre la recherche de paternité hors mariage. Une assimilation de l'époux de fait à l'époux de droit peut même être relevée dans l'article 5 de la loi du 1er septembre 1948, aux termes duquel : « le bénéfice du maintien dans les lieux, pour les locaux visés à l'article 1er, appartient, en cas d'abandon de domicile ou de décès de l'occupant, aux personnes membres de sa famille ou à sa charge, qui vivaient habituellement avec lui depuis plus de six mois ». On peut citer encore les lois sociales du 17 juin 1913 sur le repos des femmes enceintes et du 14 juillet 1913 sur l'assistance aux familles nombreuses, qui ne font aucune distinction entre les unions légitimes et les unions illégitimes, et, d'une manière plus générale, tous les textes sur les pensions, les allocations familiales, la Sécurité Sociale, qui assimilent la concubine à l'épouse. Enfin, pour donner une idée tout à fait complète du travail, fourni par le législateur,

il convient d'ajouter quelques lois de circonstance principalement promulguées en temps de guerre dans le but de rassurer les combattants sur le sort des êtres chers qu'ils avaient laissés derrière eux. Certaines dispositions ont été votées, dont le bénéfice était étendu aux personnes, parentes ou non, vivant habituellement avec le mobilisé, ce qui est le cas de la concubine : nous avons eu ainsi la loi du 5 août 1914 sur les allocations militaires, la loi du 9 mars 1918 qui, dans l'article 20, interdisait les instances en matière de loyers, etc.

En définitive, s'il existe bien quelques textes particuliers accordant certains droits à la concubine, nous ne trouvons aucune réglementation d'ensemble concernant le concubinage. En face d'une théorie quasiment inexistante, il y a, cependant, une pratique qui, de nos jours, a pris des proportions assez considérables. Cette pratique, il convient de la définir de manière précise : qu'entendons-nous par « concubine », par « concubinage » ?

Il y a concubinage lorsqu'un homme et une femme, sans être unis par les liens du mariage, vivent comme s'ils étaient mariés. Cet état de fait implique normalement la réunion de plusieurs éléments : cohabitation des amants, stabilité du ménage, apparence de mariage qui distinguent ainsi le concubinage des relations sexuelles passagères. Cette communauté d'habitation — sans laquelle on ne pourrrait, à notre sens, parler de concubinage — ne doit pas être le fait de quelques semaines ou de quelques mois, mais bien plutôt de plusieurs années. Nous n'envisagerons donc ici que le cas où les relations ont une certaine durée car c'est dans ce cas seulement que se pose la question étudiée. En effet, qu'on le veuille ou non, la vie commune d'un homme et d'une femme pendant de longues années entraîne, quelle qu'en soit la nature, une communauté d'intérêts et pose, au point de vue des biens, des problèmes nombreux et délicats qu'il est indispensable de résoudre.

Il ne faut pas oublier que cette union, dans laquelle se trouvent les concubins, est purement de fait, établie qu'elle est en l'absence de toute formalité et ne reposant, en définitive, sur rien de stable. Par essence, le concubinage est entaché de précarité et peut prendre fin à tout moment, selon le bon vouloir de chacun des deux amants ; ceux-ci se sont mis volontairement en dehors de la protection que

la loi a établie pour ceux qui s'unissent par mariage, repoussant ainsi tous les devoirs et obligations des époux. A la base du concubinage, il n'y a aucune « volonté nuptiale », pour employer le terme de Josserand (7) ; la condition essentielle et nécessaire pour parler de mariage fait défaut ; nous ne sommes en présence ni d'un mariage inexistant, ni d'un mariage putatif, ni d'un mariage sous une forme donnée car il n'y a aucune formalité de fond ou de forme. C'est une situation de fait, c'est un état en dehors du droit et, cependant, il faut bien constater que, depuis un demi-siècle, il s'est développé dans de telles proportions qu'en face du mariage, union légitime, contrat solennel prévu et réglementé par la loi, s'établit — ou a tendance à s'établir — en dehors de toute règle juridique, cette « singerie du mariage » qui s'appelle concubinage.

Cette situation de fait soulève des problèmes de fonctionnement pendant la durée du concubinage, des problèmes de liquidation à la cessation de celui-ci. Nous avons l'intention de nous limiter, dans le cadre de cette étude, aux seconds ; il semble, d'ailleurs, que la plupart des difficultés soulevées — relativement au sort des biens des concubins — soient des difficultés de liquidation ainsi que l'exprimait Nast : « ...tant que l'union durera, il ne s'élèvera guère de difficultés juridiques : tout se règlera à l'égard des tiers d'après la théorie de la propriété apparente. Mais que l'union vienne à cesser par la mort ou par consentement mutuel, ou par une rupture unilatérale, la question se posera... » (8). Elle se posera d'autant plus que, si le législateur a réglé dans le déail les divers régimes que les époux peuvent adopter en se mariant et a établi un régime de droit commun pour ceux qui ne font pas de contrat préalable à leur union — ce qui est le fait de la majorité des Français —, les concubins, eux, sont restés volontairement en dehors de la loi et par suite ne sont soumis, ni de près ni de loin, à aucun régime matrimonial.

La communauté qui existe entre eux n'est nullement de droit mais seulement de fait, étant la suite et la conséquence inévitable de leurs relations : peu à peu, ils mettent en commun leurs res-

(7) Josserand : « L'avènement du concubinat », D.H. 1932, Chron., p. 45.
(8) Nast : Revue critique, 1925, p. 258.

sources, travaillent ensemble, vivent des revenus ainsi obtenus, parfois même constituent une réserve. Ce système fonctionne ainsi pendant quelque temps — même très longtemps — puis, un jour, c'est la dissolution de cette union, causée par l'abandon, la séparation volontaire ou la mort de l'un d'eux. Le moment de soulever le voile qui, jusqu'ici, cachait la véritable nature de cette communauté, est alors arrivé et le problème se pose dans toute son acuité, étant donné les intérêts contraires qui s'opposent : l'un des concubins va-t-il tout s'attribuer ou bien l'autre — ou ses héritiers — pourra-t-il réclamer quelque chose et, si oui, à quel titre ? De plus, s'il y a eu une exploitation commune qui a mis les concubins en rapport avec des tiers, ceux-ci pourront-ils intervenir également et réclamer le montant de leurs créances ?

A toutes ces questions, concernant la liquidation des biens des concubins, la jurisprudence a dû — devant le silence du législateur — apporter une réponse qui tienne compte tant de l'intérêt des concubins que de celui des tiers qui ont traité avec eux. Dès le milieu du XIX^{me} siècle, les tribunaux ont reconnu aux concubins le droit de s'adresser à la justice afin de voir liquider leur situation patrimoniale. Eu égard au développement du concubinage, leurs décisions demeurent relativement peu nombreuses ; les intérêts en jeu sont souvent trop peu considérables pour justifier un procès coûteux ; de plus, la crainte de la révélation de leur situation irrégulière retient souvent ceux qui se sont fait passer pour époux légitimes. Peu considérable donc, la jurisprudence manque aussi de cohésion : on y relève plus de tendances que de principes. Il semble que, chaque fois qu'ils ont affaire à des concubins, les juges se sentent sur un terrain peu sûr et fassent difficilement la part entre ce qui, dans les effets du concubinage, est immoral et ce qui ne l'est pas. Se trouvant devant des circonstances de fait très variables, ils ont tendance à juger plus en équité qu'en droit strict.

Ainsi, des arrêts ont été rendus, contenant des solutions très hardies et consacrant pour ainsi dire toute une série de prérogatives juridiques dont les concubins auraient pu se prévaloir. De cet ensemble de décisions résultait tout naturellement une impression que Josserand notait de la manière suivante : « ...C'est à se demander si le concubinage, que notre droit positif avait condamné sans appel, ne semblait pas vouloir, par un retour offensif, s'installer près du mariage, comme la possession s'affirme à côté de la propriété ».

Disons toutefois que, depuis une trentaine d'années, une réaction jurisprudentielle contre l'institution d'un « mariage de seconde zone » se fait sérieusement sentir.

Il semble, en particulier, que soit moins facilement admise l'idée qu'entre les concubins une sorte de société ait pu se former, idée que Nast exprimait en ces termes : « ...La question se posera de savoir si les biens communs doivent être partagés ou s'ils demeureront la propriété exclusive de celui qui en est le détenteur. Cette dernière solution serait infiniment injuste. Aussi la tendance de la jurisprudence est-elle d'admettre entre les concubins l'existence d'une société de fait. » Désormais, les juges estiment que, pour qu'une société de fait existe entre concubins, il ne suffit pas que, par suite de leur vie commune, tout ou partie des biens de chacun d'eux se trouvent mis en commun ; il ne suffit même pas qu'il y ait exploitation commune du commerce et qu'ils vivent en commun des bénéfices de ce commerce, ce qui est presque toujours le cas lorsque l'un des concubins est commerçant. Il est encore nécessaire que ces bénéfices aient été réellement partagés, que les pertes, s'il y en a, aient été réparties entre eux ; enfin, il est surtout nécessaire qu'ils aient été l'un et l'autre animés par l'*affectio societatis,* c'est-à-dire qu'ils aient eu la volonté de se considérer comme associés. Bien entendu, c'est au concubin ou au tiers qui soutient l'existence de cette société de fait d'apporter la preuve de la réunion des éléments du contrat de société. Actuellement, la Cour de Cassation se montre — avec raison — très rigoureuse sur l'existence et la preuve de ces conditions pour qu'il y ait société de fait entre concubins. En effet, si elle n'exigeait pas ces conditions, on en viendrait à créer entre les concubins, sous le couvert d'une société de fait, une véritable communauté, un véritable régime matrimonial ; on donnerait ainsi au concubinage des effets pécuniaires équivalents à ceux du mariage.

Lorsqu'elle sera reconnue entre concubins, cette « société de fait » sera, d'ailleurs, le plus souvent une « société créée de fait ». Cette remarque terminologique appelle, à notre sens, quelques explications. Les « sociétés de fait » sont des sociétés de droit dégénérées ; les parties ont bien eu l'intention de constituer une société mais le contrat qu'elles ont passé est entaché d'irrégularité ou n'a pas été publié. Elles comportent néanmoins un « instrumentum »,

un support juridique susceptible de confirmation ou de ratification, lorsque le vice dont il est affecté a été réparé. Les « sociétés créées de fait » — en revanche — n'ont jamais cherché à se mettre en règle avec la loi ; elles sont créées de fait, en ce sens qu'elles résultent essentiellement des faits. « Dans les autres sociétés irrégulières, il y a eu ou il a pu y avoir un contrat exprès ; au cas de société créée de fait, il n'y a eu que des faits, des opérations d'où l'on induit un contrat tacite » (9). Ces sociétés naissent « du seul comportement des intéressés. Ceux-ci n'ont jamais eu l'ambition de former une société véritable » (10).

Il en résulte que — si les opérations accomplies sont commerciales — la société créée de fait sera considérée comme une société de personnes et, le plus souvent, comme une société en nom collectif. D'autre part, la liquidation de cette société créée de fait sera toujours effectuée conformément aux principes généraux du droit des sociétés, puisqu'il ne sera pas possible de se référer à des statuts qui... n'existent pas. Ceci étant précisé, nous pensons qu'il serait inexact d'opposer « société de fait » et « société créée de fait » car, comme l'écrit Hémard : « Si nous distinguons les sociétés créées de fait des autres sociétés de fait, il ne faudrait pas en conclure à une séparation absolue entre ces sociétés parce qu'elle ne correspondrait pas à une analyse exacte. Au fond, les sociétés créées de fait ne sont que des sociétés irrégulières, puisqu'elles ne sont ni rédigées par écrit ni publiées (dans le cas au moins où la publicité est requise), elles doivent être soumises en principe aux mêmes règles que les sociétés de fait » (11). La « société créée de fait » est pour nous une simple modalité de la « société de fait », c'est pourquoi il nous a paru inutile de reprendre cette expression dans la suite de nos développements.

Nous constaterons, d'ailleurs, que ce recours à la notion de société de fait ne suffit pas toujours à résoudre les problèmes posés par la liquidation des biens des concubins. La jurisprudence actuelle

(9) Hémard : *Théorie et pratique des nullités des sociétés et sociétés de fait*, 2e éd. 1926, n° 154.

(10) Escarra et Rault : t. I, n° 176. Cf. également : Houpin et Bosvieux, t. I, n° 142.

(11) Hémard, op. cit., n° 154.

exige — nous l'avons dit — la réunion de certaines conditions pour admettre l'existence d'une telle société. Que se passera-t-il lorsque ces conditions ne seront pas réunies ? Par quels procédés parviendra-t-on à régler le sort des biens en cause ?

Pour tenter de répondre à ces questions, nous traiterons, dans un Titre Premier, de la liquidation des biens des concubins en présence d'une société de fait et, dans le Titre Deuxième, de cette liquidation en l'absence d'une telle société.

*
* *

TITRE PREMIER

LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS EN PRESENCE D'UNE SOCIETE DE FAIT

La jurisprudence exige la réunion de certaines conditions pour admettre l'existence d'une société de fait entre concubins. Quelles sont ces conditions ?

Ces conditions supposées réunies, quelle sera la nature juridique d'une telle société et comment pourra-t-on en apporter la preuve en justice ?

Enfin, quels seront les effets attachés à son existence reconnue, tant à l'égard des concubins qu'à l'égard des tiers ?

Nous nous efforcerons, en trois chapitres, de répondre à ces questions.

*
* *

CHAPITRE PREMIER

Conditions d'existence des sociétés entre concubins

Nous nous demanderons, en tout premier lieu, si le principe même d'une telle société peut être retenu, avant de distinguer les sociétés universelles dont certaines décisions ont cru pouvoir admettre l'existence entre concubins, des sociétés particulières — civiles ou commerciales — ayant pour objet l'exploitation d'une chose spécifiée, l'exercice d'un commerce ou d'une profession.

La formation d'une société entre deux concubins est indiscutablement possible. Sans doute, aurait-on pu songer à étendre à ces sociétés l'interdiction des sociétés entre époux, proclamée par la jurisprudence jusqu'à la récente intervention du législateur, puisque, à l'égard des tiers, tout au moins, les concubins se présentent le plus souvent comme des conjoints légitimes ; mais « ni l'une ni l'autre des deux raisons sur lesquelles se fonde cette jurisprudence : la puissance maritale, l'immutabilité des conventions matrimoniales, n'est transposable dans la société entre concubins » (1). De ce point de vue, les concubins sont favorisés par comparaison avec les

(1) Savatier : note au D.P. 1924.2.9.

époux (2) ; il est vrai que les intérêts des uns sont réglés par leur régime matrimonial, alors qu'aucune convention écrite et, *a fortiori,* aucune disposition légale ne réglemente les rapports pécuniaires des autres. D'ailleurs, la loi ignore les relations hors mariage et, partant, n'y attache aucune incapacité. Deux concubins peuvent donc librement passer entre eux n'importe quel contrat. Bien entendu, si la création d'une société était directement liée, soit à l'établissement, soit à la poursuite, soit à la récompense de relations sexuelles entre les associés, cette société serait nulle pour cause immorale comme constituant le *pretium vitii* et formerait tout au plus une indivision de fait (3). Mais le rapport causal doit être direct car il sera toujours très difficile d'abstraire complètement le fait du concubinage de la société elle-même. Il est vrai également que le concubinage entre personnes libres de tous liens conjugaux n'est pas prohibé par la loi et que le relâchement des mœurs ne permet plus de le considérer comme immoral *stricto sensu.* Enfin, très souvent, le caractère illicite de la situation est invoqué non point par celui qui prétend faire valoir ses droits sur la masse commune, mais bien plutôt par le détenteur de l'actif qui entend le conserver pour lui seul en invoquant l'adage « *nemo auditur propriam sunam turpitudinem allegans* », lequel pourtant ne doit pas servir de justification à la fraude.

Section I

LES SOCIETES UNIVERSELLES ENTRE CONCUBINS

Elles peuvent prendre deux formes : la première est celle de la société de tous biens présents, que l'article 1837 du Code civil définit comme étant « celle par laquelle les parties mettent en com-

(2) Cela sera moins vrai si le projet de loi portant réforme des régimes matrimoniaux est prochainement voté par le Parlement, car désormais, après un délai minimum de deux ans, les époux pourront, sous le contrôle du tribunal, changer de régime — cette disposition n'apparaissant pas devoir être applicable aux contrats en cours. (Ce projet est devenu la loi du 13 juillet 1965.)

(3) Savatier, note précitée ; J. Hémard : *Théorie et pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait,* 2e éd. 1926, n° 166. Paris 20 mars 1959, D. 1959, Somm. 79, et sur pourvoi : Civ. 14 février 1961, D. 1961, Somm. 71 ; Gaz. Pal. 1961.1.339 ; Bull. Cass. 1961.1.81 ; Journ. Soc. 1961.275.

mun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer... » ; la seconde forme que peut prendre la société universelle est celle de l'article 1838 du Code civil qui prévoit que « la société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société : les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris ; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement ».

Si, sous les réserves qui viennent d'être faites, les sociétés entre concubins sont en principe licites, il serait tout à fait inexact de prétendre que le concubinage entraîne par lui-même la création d'une société entre deux amants qui auraient fait masse commune de leurs biens. Pourtant, certaines décisions de jurisprudence ont cru trouver dans la théorie des sociétés de fait un procédé pratique leur permettant de liquider les droits et reprises de deux personnes dont la cohabitation avait entraîné la confusion des avoirs. A défaut de pouvoir espérer ce règlement sur les bases d'un régime matrimonial, comme s'effectue une liquidation entre époux, on fait appel à l'existence d'une prétendue société de fait entre les concubins pour autoriser chacun d'eux à bénéficier des produits de l'activité commune et aussi pour donner licence à leurs créanciers de poursuivre indistinctement l'un ou l'autre.

Nous analyserons, tout d'abord, ces solutions, avant de rechercher si nous pouvons nous y rallier.

I. — La pratique jurisprudentielle.

L'idée de régler la situation des concubins par une société universelle remonte aux arrêts les plus anciens en notre matière (4), à une époque où cette forme de société n'était pas encore complètement tombée en désuétude et où la théorie jurisprudentielle de la société de fait n'était pas encore complètement élaborée. Mais

(4) Nancy, 17 janvier 1829, S. Chron., Rennes, 19 décembre 1833 et Paris, 19 août 1851, S. 52.2.209 ; Trib. civ. Sens, 13 décembre 1888, G.P. 89.1.113 ; Lyon, 8 mars 1889, Le Droit, 2 avril 1889, Rev. Soc. 89.261.

on la rencontre de moins en moins dans les décisions récentes (5), peut-être plus, d'ailleurs, pour des raisons de technique que pour des raisons de principe.

Quels faits invoque donc la jurisprudence pour présumer l'intention des concubins de créer entre eux une société universelle ? Le contrat écrit fait défaut ; dans un seul cas (6), nous avons relevé son existence. Aussi les tribunaux se contentent-ils d'induire la société de la confusion des patrimoines. Par exemple, un arrêt de la Cour de Lyon, en date du 8 mars 1889 (7), décide qu'il y a société universelle dès lors que les concubins ont « confondu leur existence, unissant leurs efforts, leur travail, leur industrie ». Et ils estiment que cette confusion est l'élément essentiel de la société universelle de gains. Parfois même, l'existence de la société repose seulement sur la confusion du mobilier garnissant l'appartement du faux ménage.

Si, par une très large interprétation des textes, la jurisprudence a pu remédier aux effets du défaut d'écrit, pour admettre l'existence de la société, elle a été souvent arrêtée par des difficultés de preuve (8). En effet, comme toute société civile, la société universelle doit être prouvée par écrit ; elle y a parfois remédié en admettant la preuve libre lorsqu'il existait un commenncement de preuve par écrit — en se montrant d'ailleurs très libérale sur ce point, comme nous aurons l'occasion de le préciser.

Une fois le principe de la société universelle de gains admis, et les difficultés de preuve escamotées, la détermination et le partage de l'actif social sont aisés. Sans doute existe-t-il des querelles doctrinales sur le point de savoir ce qui doit rentrer dans l'actif et dans le passif d'une telle société. En cas de concubinage, les juges procèdent par comparaison entre ce que les concubins possédaient au moment de l'entrée en ménage et l'inventaire des biens au moment de la dissolution. Une fois soustraits les biens reçus

(5) Voir cependant Paris, 25 avril 1956, et sur pourvoi : Civ. 20 mai 1957, D. 1957, Somm. 101.

(6) Trib. civ. de Sens, 13 décembre 1888, Gaz. Pal. 89.1.113.

(7) Le Droit, 2 avril 1889, Rev. Soc. 89.261.

(8) Paris, 22 mai 1932, Sem. jur. 1933 ; 1117.

à titre gratuit, ils considèrent que la différence constitue l'actif social (9). Ainsi les concubins peuvent reprendre les biens immobiliers existant au moment de l'entrée en ménage ; de même ils peuvent reprendre les biens reçus par succession ou par donation et ceux acquis en leur nom personnel, mais, en ce cas, les juges se montrent sévères et exigent que le concubin rapporte la preuve de l'origine des deniers (10). Une fois l'actif social dégagé, les juges procèderont à son partage par moitié. Sans doute constatent-ils parfois que le partage doit avoir lieu au prorata des apports, mais étant donné la difficulté de déterminer ceux-ci, ils fixent à la moitié la part de chaque concubin. Une exception doit cependant être relevée : un arrêt très ancien de la Cour de Rennes du 19 décembre 1833 (11) a décidé que « considérant le long temps qui s'est écoulé depuis le commencement de leur cohabitation, la durée de leur union et ayant d'ailleurs égard à la fortune, aux personnes et à l'industrie respective de D... et de M^lle^ D..., il est juste d'arbitrer au quart de l'inventaire du 1^er^ août 1815 la part que M^lle^ D..., qui a dû apporter un faible mobilier, quelques revenus et les fruits de son travail dans l'habitation commune, est fondée à réclamer ». La solution n'est pas plus arbitraire que celle qui admet le partage par moitié.

II. — Etude théorique.

Une grande partie de la doctrine admet également la possibilité de la société universelle de gains entre concubins ; c'est d'ailleurs le seul exemple de société universelle qu'elle puisse citer (12). Un point est souvent relevé par les auteurs : la société universelle ne saurait être repoussée *a priori* sur le fondement de l'article 1840, selon lequel « nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre » ; les concubins étant aujourd'hui pleinement capa-

(9) Paris, 13 juin 1872, D.P. 73.2.169 ; S. 74.2.37.

(10) Trib. civ. Sens, 13 décembre 1888 ; Gaz. Pal. 1889.1.113.

(11) En note sous Paris, 19 août 1851, S. 52.2.209 ; D. 54.2.84.

(12) Houpin et Bosvieux, I, n° 156 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *De la Société,* n° 131 ; Vavasseur, n° 434 ; Carraud, thèse Dijon, 1936, pp. 49-55, qui étudient en détail le fonctionnement théorique de la société universelle de gains entre les concubins.

bles, rien ne s'oppose à son admission. Certains, cependant, estiment que, pour des raisons techniques, elle sera extrêmement rare : c'est le cas notamment de Hémard (13), pour lequel l' « *affection societatis* » — condition essentielle pour qu'il y ait société — fait le plus souvent défaut. D'autres enfin, dont M. Savatier, soutiennent qu'elle ne saurait exister en la matière, étant à la fois « imaginaire et illicite ».

La société universelle, malgré son caractère spécial, n'en reste pas moins soumise aux règles générales du contrat de société, posées par le Code dans le Titre IX du Livre III, consacré au contrat de société. Les tribunaux ont appliqué ces règles communes avec le même libéralisme en matière de société universelle qu'en matière de société particulière ; aussi, étudierons-nous dans la Section consacrée aux sociétés particulières les critiques que l'on peut leur adresser à ce sujet, pour nous limiter ici à l'application par les juges des dispositions spéciales à la société universelle. Sur ce terrain seul, deux questions doivent être posées : d'une part, la société universelle est-elle possible entre concubins ; ceux-ci peuvent-ils en remplir les conditions spéciales ? D'autre part, la société universelle est-elle licite entre eux et dans quelle mesure la notion de cause doit-elle intervenir en la matière ?

A - **La société universelle entre concubins est-elle possible ?**

La principale objection faite par les auteurs à l'admission de la société universelle entre concubins est, nous l'avons vu, le défaut d' « **affectio societatis** » : la confusion des biens résultant de l'union libre n'aurait pas pour but la réalisation de bénéfices, condition cependant essentielle à l'existence de toute société. Si la question de l'*affectio societatis* trouve sa place ici, c'est qu'elle présente un aspect spécial en la matière. Le contrat de société se différencie, en effet, du contrat d'association par la volonté existant chez les associés de réaliser des bénéfices. En matière de société particulière, cette intention se déduit de l'activité spéciale qu'entendent avoir les associés ; c'est en fonction de cette activité qu'elle s'apprécie. Mais, toute activité spéciale est étrangère à la notion de

(13) N° 168. — Egalement : Fernex de Mongex, thèse Lyon, 1938, p. 76, et de Naurois, art., Rev. crit., 1937, p. 695.

société universelle ; il se peut certes que les associés en aient une ; c'est ainsi que dans bien des cas de sociétés universelles recoonnues entre concubins, ceux-ci exploitaient en commu un fonds de commerce. Ces sociétés réalisant la fusion des patrimoines respectifs, il se peut que la masse ainsi créée renferme une exploitation commune, dont les bénéfices tomberont dans la bourse unique du faux ménage. Mais, c'est là une simple modalité de la société universelle, et non une condition essentielle.

Peut-il donc y avoir intention de réaliser des bénéfices dans la prétendue société universelle reconnue entre concubins ? Le problème a été très objectivement posé par M. de Naurois (14). Cet auteur reconnaît qu'il n'y a pas à proprement parler réalisation de bénéfices, mais seulement utilisation en commun, différente de « l'activité sociétaire habituelle dans laquelle les parties cherchent à réaliser ensemble des bénéfices pour les partager ensuite ». Mais précisément ce serait là un trait commun à toute société universelle, qu'elle existe entre concubins ou entre deux amis faisant bourse commune. « La société qui a pour but la réalisation de bénéfices suppose nécessairement une activité particulière, au service de laquelle sont affectés certains biens apportés par la société : elle ne peut donc être qu'une société particulière. »

L'auteur voit cependant une différence entre ces deux situations : entre concubins, « la communauté de toit et de table est une fin en soi, en même temps que la communauté de lit » ; entre deux parents faisant bourse commune, « elle n'est que le moyen de réaliser des économies ». Mais il s'empresse d'ajouter que c'est là « une différence d'ordre exclusivement psychologique » ne suffisant pas à justifier « une différence dans la qualité juridique des deux institutions ». En effet, la communauté de toit et de table entre gens qui ne sont pas des concubins peut s'expliquer autant, et parfois même davantage, par des raisons d'ordre sentimental que par des raisons d'ordre patrimonial. Et M. de Naurois conclut que les sociétés universelles du Code civil ne sont pas de véritables sociétés, et il les rattache à la véritable conception de Pothier et de tout l'ancien droit, selon laquelle « il y aurait société quand les parties cherchent à retirer en

(14) Article précité, Rev. crit. 1937, pp. 696-698.

commun un profit de choses ou d'activités mises en commun ». Si donc l'intention de réaliser des bénéfices manque aux concubins liés par une société universelle, il n'en résulte pas que celle-ci soit impossible entre eux, cette absence d'intention étant de l'essence même d'un tel type de société.

Si subtile que soit la solution proposée par M. de Naurois entre l'intention de réaliser des bénéfices et l'utilisation en commun des bénéfices, nous ne saurions la retenir ; il semble, en effet, qu'elle repose sur une confusion verbale. L'article 1832 précise que la société est la mise de quelque chose en commun « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Autrement dit, la mise en commun doit avoir un but intéressé. Ce but peut ne jamais être rempli, mais il faut que la considération d'éventuels bénéfices sociaux constitue le mobile qui pousse les associés. En revanche, lorsque M. de Naurois parle de « l'utilisation en commun des bénéfices », il envisage simplement les revenus des associés, ces revenus qu'ils versent dans la masse sociale, qui sont « mis en commun » et revêtent le caractère d'apports.

Le montant de ces revenus n'est pas modifié par cette mise en commun ; les immeubles de chaque concubin ne produisent pas plus de loyers, leurs salaires n'en sont pas augmentés. Il n'en résulte donc aucun bénéfice social, et cette utilisation en commun de ces soi-disant bénéfices ne peut constituer l'intérêt recherché par les associés. Cet intérêt ne peut se trouver, comme le remarque d'ailleurs M. de Naurois, que dans une réduction des dépenses. En effet, si les biens des concubins, en se mélangeant, n'augmentent pas, certaines de leurs dépenses — une habitation au lieu de deux, etc. — peuvent se confondre ; en dépensant moins du fait de la mise en commun de leurs biens, les associés réaliseront un bénéfice social.

Pourqu'il y ait donc société, au sens de l'article 1832, il faut que les parties aient mis en commun leurs biens en vue de réaliser cette économie, qui constitue leur bénéfice. De l'aveu même de M. de Naurois, c'est le cas des amis qui font bourse commune, ce n'est pas le cas des concubins. La mise en commun de leurs biens n'est que le résultat de la cohabitation et des relations illicites, elle n'a pas de but intéressé. Sur cette simple nuance psychologique repose toute la théorie de l'*affectio societatis* ; en l'absence d'un tel but,

il n'existe qu'un état passif, une indivision. Telle est du moins la conception du Code civil. Peut-être n'est-ce pas celle de l'ancien droit, mais alors se pose la question de savoir si précisément les rédacteurs du Code n'ont pas entendu rompre avec les errements anciens. C'est ce qui doit être examiné avec l'étude de la forme des sociétés universelles entre concubins.

Tous les auteurs ont été frappés par la ressemblance qui existe entre cette prétendue société universelle et les sociétés taisibles de l'ancien droit. Il est en effet inexact de dire que la conception de la société était plus large dans l'ancien droit que sous l'empire du Code civil. Il existait en réalité deux sortes de sociétés : la société proprement dite, universelle ou particulière, dont le but est un gain pécuniaire, et la société ou communauté taisible qui naissait de plein droit entre personnes vivant en commun après une cohabitation d'an et jour. Il en résultait une sorte de société universelle de gains, créée de fait, dont chaque associé pouvait toujours demander le partage. Les rédacteurs du Code civil, approuvés par la grande majorité des tribunaux, ont entendu faire disparaître cette institution déjà tombée en désuétude et c'est ainsi que Troplong déclare : « Notre article 1834 n'a pas voulu laisser de vestiges des sociétés tacites : c'est dans la vue de les proscrire entièrement qu'il a rappelé, par une disposition qui pourrait paraître redondante, le principe général d'après lequel toute convention dont l'objet excède cent cinquante francs doit être prouvée par écrit » (15).

La notion de société universelle créée de fait est donc contraire à l'intention du législateur. Sans doute, la jurisprudence admet-elle la notion de société créée de fait, mais seulement pour les sociétés particulières ; l'ancien droit les connaissait d'ailleurs et les rédacteurs du Code n'ont pas entendu les rendre impossibles. C'est seulement la société universelle résultant de la cohabitation pendant un certain délai qu'ils ont entendu abolir (16). Il est donc inadmissible de vouloir la faire revivre, spécialement dans un cas où nos coutumes ne l'admettaient pas, les concubins étant alors frappés d'incapacité (17). Pour que la société entre concubins ne soit pas

(15) Troplong : *Du contrat de société,* n° 198.
(16) J. Hémard, n°s 150 et s.
(17) Guillouard : *Traité de contrat de société,* n° 86.

imaginaire, il faut donc admettre le cas, bien improbable, où les concubins auraient disposé par écrit qu'ils entendaient former une telle société et où ils auraient agi ainsi dans le but de réaliser des bénéfices. Mais encore faudrait-il rechercher si une telle convention est licite.

B - La société universelle entre concubins est-elle licite ?

Il ne suffit pas de constater que, les concubins n'étant plus incapables, l'article 1840 du Code civil, qui n'autorise les sociétés universelles qu'entre « personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre », ne saurait jouer. L'existence de relations illégales ne suffit pas à entacher de nullité une convention entre concubins ; encore faut-il que ces relations ne soient pas la cause de cette convention.

L'intervention de la notion de cause a fait l'objet de nombreuses études (18) et la Cour de Cassation a fixé définitivement sa position en la matière dans des arrêts rendus à propos de donations entre concubins ; ce sera pour nous une base de comparaison précieuse. Il n'est pas nécessaire de retracer la longue évolution de la jurisprudence en la matière et l'élaboration laborieuse de la théorie moderne de la cause ; il nous suffit de relever la formule actuelle de la Cour de Cassation : « Une libéralité ne saurait être invalidée par le seul fait de l'existence entre son auteur et sa bénéficiaire de relations illicites, mais l'acte de libéralité se trouve frappé de nullité s'il a pour cause soit la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux, soit leur rémunération » (19). Si des divergences d'application se sont révélées, il n'en reste pas moins que l'intention de la Cour de Cassation est claire : pour que la donation faite à une concubine soit valable, il faut qu'il y ait une certaine séparation entre les relations coupables et le motif de la libéralité ; une donation

(18) Cf. notamment : Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, pp. 235-236 ; les commentaires de M. Savatier à la Rev. trim. 1925, p. 631 ; 1926, pp. 203, 449, 791, 1086 ; 1927, p. 701 ; au Rép. prat. du Notariat 1927, pp. 562-567 ; P. Esmein, Rev. trim. 1935, p. 767 ; Désiry : « Les conséquences juridiques du concubinage », Rev. trim. 1932, pp. 497 et s.

(19) Civ. 14 octobre 1940, D.H. 40.174.

faite en vue de réparer un préjudice moral se trouvera ainsi validée, comme l'accomplissement d'un devoir de conscience (20).

Peut-on transposer ce principe dans la matière des contrats à titre onéreux ? Rien ne semble s'y opposer car la théorie de la cause forme un tout ; des questions de dosage seules peuvent se poser : il est, en effet, normal que le juge se montre plus sévère en matière d'actes à titre gratuit. C'est ainsi qu'à propos d'une convention à titre onéreux entre concubins, un arrêt de la Cour de Caen du 5 avril 1910 (21) déclarait que : « l'existence de relations illicites ne suffit pas pour frapper de nullité une convention qui peut se justifier en elle-même par d'autres causes concomitantes et licites ». De même, un arrêt récent de la Cour de Paris (22), ayant à examiner une association de fait entre un médecin et une infirmière, sa maîtresse, pour l'exploitation d'un cabinet médical, décidait qu'il importait peu, au point de vue de la cause, qu'il s'agisse d'une donation déguisée ou d'une vraie société particulière.

Comment trouver alors cette séparation entre la société universelle de gains et le concubinage qui l'engendre ? Où sont les autres causes « concomitantes et licites » de cette société ? Celle-ci constitue la simple organisation patrimoniale de l'union libre ; elle ne peut en être détachée et, par là, encourt la nullité. Un arrêt de la Cour de Lyon du 8 mars 1889 (23) montre bien la contradiction qui résulte de son admission entre concubins. Pour reconnaître son existence, l'arrêt doit admettre que la communauté de vie a engendré une confusion de biens : « A.M. et E.C. avaient confondu leurs biens en même temps que leur existence, unissant leurs efforts, leur travail, leur industrie, pour créer et faire prospérer ensemble un commerce dont les résultats devaient leur être communs pendant la vie du concubinat » — notons en passant que, bien que ce soit une société universelle de gains qui soit invoquée, il s'agit simplement d'une

(20) Req. 12 janvier 1937, D.H. 37.145.

(21) S. 1911.2.229.

(22) Paris, 13 mai 1944, Gaz. Pal. 44.2.67 et le commentaire à la Rev. trim. 1944, p. 245 ; voir également dans une affaire semblable : Paris, 14 février 1946, J.C.P. 46.II.3036.

(23) Rev. Soc. 1889, p. 261.

société particulière — ; mais, d'autre part, pour rejeter « l'argument tiré de l'immoralité », le même arrêt est obligé de soutenir que « si cette confusion de vie et d'intérêts est illégitime quand il s'agit de l'union de personnes, elle n'a eu, au contraire, rien d'illicite comme association de biens, de travail ou d'industrie ». On voit assez mal comment une confusion d'intérêts pourrait être légitime ou illégitime selon qu'on se place au point de vue de l'union des personnes ou à celui de l'association des biens ! En réalité, la confusion de vies entraîne la confusion d'intérêts et en constitue la seule cause.

Une application normale de la théorie de la cause entraîne donc nécessairement la nullité de toute société universelle entre concubins, organisation patrimoniale d'une union contraire aux bonnes mœurs. En conséquence, toute tentative de liquidation globale des biens appartenant aux concubins est vouée à l'échec. La communauté de vie ne peut être soumise, en aucun cas, à un régime pseudo-matrimonial. Cependant, il peut avoir existé entre les concubins une communauté de travail, dont le produit doit être liquidé équitablement ; c'est à cette étude qu'est consacrée la deuxième Section de ce Chapitre.

Section II

LES SOCIETES PARTICULIERES ENTRE CONCUBINS

Une société universelle ne peut donc, selon nous, exister entre concubins mais l'équité n'en commande pas moins une liquidation des biens accumulés par leur travail. Ce besoin se fait surtout sentir lorsque les concubins ont contribué à une exploitation commune, ferme ou fonds de commerce. Il serait, en effet, inacceptable que celui qui détient les bénéfices dus à une activité commune — ou ses héritiers — les conserve au détriment de l'autre. C'est pour cette raison que les tribunaux ont facilement reconnu dans ce cas l'existence d'une société particulière, généralement tacite. Que penser de la validité d'une telle société ?

En droit contemporain, les concubins ne sont plus frappés d'aucune incapacité. Ils peuvent passer entre eux n'importe quel contrat,

expressément ou tacitement. Il ne suffit cependant pas que la société soit théoriquement possible entre eux, encore faut-il que celle-ci n'ait pas, par sa nature même, une cause immorale, comme la société universelle. La distinction que nous avons posée entre la communauté de vie et la communauté de travail permet de résoudre ce problème. La société universelle est si intimement liée, en effet, à la communauté de vie qu'elle emprunte à celle-ci son caractère immoral. La société particulière, au contraire, n'englobe que la communauté de travail qui, selon l'expression d'un auteur (24), forme « un tout indépendant » ; indépendant, par son origine, tout d'abord : on peut concevoir que l'accord qui est à la base des relations illicites est différent de celui qui a créé la société ; indépendant aussi dans le temps : la société peut être postérieure à l'établissement de la cohabitation, ou lui survivre (25).

De même, le fait que les bénéfices résultant de l'exploitation en commun soient, en général, affectés à la subsistance du faux ménage — ce qui est une manière de les partager — ne saurait à lui seul entraîner la nullité du contrat. L'emploi des bénéfices à une fin immorale en soi n'entache pas de nullité le procédé par lequel ils ont été réalisés. Il n'en serait ainsi qu'au cas où la considération de ces bénéfices aurait pour objet la formation, la continuation, ou la rémunération des relations illicites — hypothèse peu vraisemblable. Il semble donc incontestablle que l'on puisse faire suffisamment abstraction du concubinage, en appréciant une société particulière, pour ne pas décider quel celle-ci est toujours contraire à la morale.

Il faut égalemnt rejeter l'application de la règle *« nemo auditur propriam turpitudinem allegans »* qui, pour certains (26), devrait faire obstacle à la preuve de cette société. Sans qu'il soit besoin d'insister sur la portée de plus en plus restreinte de cette maxime, il suffit de constater avec M. Savatier (27) que celui qui s'appuie sur sa turpitude est moins celui qui réclame sa part de bénéfice que celui qui argue

(24) De Naurois, op. cit., pp. 700, 701.

(25) Req. 22 juillet 1947, J.C.P. 47, somm. p. 82.

(26) Aubineau : *Etude critique des conséquences de l'union libre,* thèse Poitiers, 1921, pp. 28 et s.

(27) Note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, précitée.

de l'immoralité de la société pour se refuser à toute restitution ; de plus, la maxime ne peut être opposée aux ayants cause du concubin associé. Elle doit donc être écartée et la jurisprudence, dans son ignorance du problème, n'y a d'ailleurs pas fait appel car on ne relève, dans aucune décision, un contrôle de la cause dans ces sociétés ; nulle part elle ne se réfère à la doctrine de la Cour de Cassation en matière de donation, sauf dans le cas où la société invoquée est fictive et ne renferme qu'une donation déguisée (28).

Il est pourtant un cas où la morale semble particulièrement offensée : le cas d'adultère de l'un ou de l'autre concubin. Or, les tribunaux ne font aucune discrimination entre le concubinage simple et le concubinage adultérin (29). Le résultat devient particulièrement choquant lorsque l'on applique le régime pseudo-matrimonial de la société universelle aux concubins ; et c'est ainsi que le Tribunal civil de la Seine a ordonné le 22 juillet 1882 la liquidation de la « communauté d'intérêts », entre le concubin et son amie, puis la liquidation de la « communauté légale » entre lui et son épouse légitime ! Et pourtant, il ne semble pas qu'il faille distinguer entre concubinage simple et concubinage adultérin ; remarquons tout d'abord que refuser le partage d'une société aboutit bien souvent à priver les héritiers des bénéfices résultant du travail de leur auteur et, ainsi, à faire retomber la sanction sur des personnes étrangères à la faute. Sans doute, l'adultère constitue-t-il un délit, mais l'aggravation du caractère immoral des relations ne peut constituer un changement dans la théorie de la cause ; si c'est le concubinage qui constitue la cause de la société particulière, peu importe qu'il soit simple ou adultérin : la société est nulle pour cause immorale ; mais si l'on peut séparer la communauté de vie de la communauté de travail, et si celle-ci est le motif déterminant de la société, le délit d'adultère restera tout autant séparé de la société.

Ainsi se trouve vérifiée la distinction entre la société universelle, organisation de la communauté de vie, qui aboutit à des résultats

(28) Paris, 14 février 1946, J.C.P. 46.II.3036 ; Paris, 6 février 1868, Le Droit, 11 février.

(29) Voir notamment Bordeaux, 19 mars 1868, D.P. 68.2.222 ; Trib. civ. Seine, 22 juillet 1882, Gaz. Trib. 19 octobre 1882 ; Trib. civ. de Sens, 13 décembre 1883, Gaz. Pal. 89.1.113.

inadmissibles en cas d'adultère, et la société particulière qui ne trouve pas son fondement dans le concubinage et que toute personne peut former avec une autre, indépendamment de leurs rapports personnels. C'est d'ailleurs à cette conclusion qu'a abouti la Cour de Cassation en matière de donations entre concubins malgré les tentatives de certaines Cour d'appel. On peut donc poser en principe que la société particulière entre concubins n'est pas en soi immorale, puisqu'elle suppose une séparation entre la communauté de vie et la communauté de travail. Il convient d'examiner maintenant dans quelles conditions cette communauté de travail revêt l'aspect d'une société.

La doctrine et la jurisprudence sont aujourd'hui unanimes à admettre l'existence d'une société particulière entre concubins, toutes les fois que les éléments du contrat de société se trouvent réunis : des apports réciproques — en nature ou en industrie — en vue de la constitution d'un fonds commun, la participation des intéressés aux bénéfices et aux pertes et enfin l'*affectio societatis,* qui se caractérise par une volonté de collaboration active sur un pied d'égalité dans un but lucratif (30) — état cherché et non subi, selon la formule de Thaller. Il convient donc de souligner que le principe posé en matière de société universelle vaut tout autant pour les sociétés particulières : la cohabitation ne saurait à elle seule engendrer une société ; il faut que, indépendamment de cette cohabitation, les conditions du contrat de société soient remplies en elles-mêmes car l'union libre ne saurait, dans la conception actuelle, avoir d'effets

(30) Trib. civ. Lons-le-Saunier, 19 décembre 1939, Gaz. Pal. 1940.1.134 ; Paris, 6 décembre 1940, S. 1940.2.64 ; Req. 8 janvier 1946.II.3053, note J. Hémard ; Gaz. Pal. 1946.1.72 ; Rouen, 8 avril 1948, J.C.P. 1949.II.5078, note Bastian ; Douai, 21 décembre 1948 ; Nancy, 23 février 1949 ; Civ. Sect. Co. 25 juillet 1949, J.C.P. 1950.II.5798, note Bastian ; Rennes, 22 mai 1950, J.C.P. 1950.II.5831 ; Rennes, 19 juillet 1950, J.C.P. 1951.II.5978 ; Dijon, 13 décembre 1950, Gaz. Pal. 1951.1.250 ; Rev. soc. 1951, 176 ; D. 1951, Somm. 48 ; Lyon, 5 novembre 1951, Gaz. Pal. 1952.1.267, Rev. Soc. 1952.165, D. 1952, Somm. 48 ; Civ. Sect. Co. 17 novembre 1952, Gaz. Pal. 1953.1.128, Bull. Cass. 1952.3.270, J.C.P. 1953.II.7884, Rev. Soc. 1952.389, Journ. Soc. 1954.357 ; Civ. 1er décembre 1952, Bull. Cass. 1952.1.259, D. 1953.90, Rev. Soc. 1952.391 ; Paris 29 janvier 1953, Gaz. Pal. 1953.1.312, D. 1953, Somm. 64 ; Civ. Sect. Co. 3 novembre 1953, Gaz. Pal. 1954.1.36, Bull. Cass. 1953.3.239, S. 1954.1.119, D. 1953.731, J.C.P. 1954.II.8319 ; Lyon, 27 septembre 1954 ; la loi du 1er février 1955 ; Paris 25 avril 1955, D. 1956, Somm. 28 ; Nancy, 15 novembre 1956, D. 1957.26 ; Paris, 20 mars 1959, Gaz. Pal. 1959.2.130, D. 1959, Somm. 79 ; Civ. 24 novembre 1959, Bull. Cass. 1959.1.410 ; Paris, 12 février 1960, D. 1960.379, S. 1960.259 ; Civ. Sect. Co. 7 mars 1961, Bull. Cass. 1961.3.115.

juridiques propres ; comme le dit Nast (31) : « le concubinage même, qui aurait été accompagné de communauté d'habitation, ne crée pas lui-même une communauté de biens, ni même une communauté de fait, pas plus que la cohabitation d'un frère et de sa sœur ou de deux amis ». Ainsi, le seul fait du concubinage et de l'union de biens qui en résulte, ne suffit pas à créer, entre les intéressés, une société de fait (32) car, si les avoirs ainsi confondus sont susceptibles d'être considérés comme des apports, il n'en résulte nullement que les concubins aient en vue la réalisation de bénéfices ; d'ailleurs, la confusion de ces mêmes avoirs pourrait, tout aussi bien, s'analyser comme constitutive d'une simple indivision, d'un prêt ou d'une donation (33). Mais, inversement, le fait du concubinage n'empêche pas, dans certains cas, les deux amants de poursuivre un but moins immédiat et de rechercher un gain futur.

Chaque espèce nécessite par conséquent un examen attentif ; si l'on y découvre réunis les éléments constitutifs du contrat de société, il n'y a aucune raison de refuser aux concubins, qui demeurent soumis au droit commun, ce qui est accordé à toutes autres personnes : la loi — nous l'avons- dit — ignore le concubinage, que ce soit pour lui faire produire effet ou pour y attacher une incapacité civile. Il est donc superflu, et même dangereux, de constater l'existence de relations hors mariage entre les associés pour justifier celle de la société car ces relations sont en dehors de la question : « Il faut faire abstraction de l'union libre et se baser sur l'activité des intéressés comme si elle émanait de personnes ne vivant pas en concubinage » (34). Ainsi la Chambre civile a-t-elle précisé par un arrêt récent (35) qu'une société de fait pouvait exister entre deux personnes indépendamment de toute vie commune dès lors que se trouvaient réunies les conditions requises pour la création

(31) Note sous Aix, 28 décembre 1933, D.P. 1935.2.41.

(32) Nancy, 23 février 1949 ; Rennes, 19 juillet 1950 ; Dijon, 13 décembre 1950 ; Lyon, 5 novembre 1951 ; Paris, 29 janvier 1953 ; Lyon, 27 septembre 1954 ; Paris, 25 avril 1955 ; Nancy, 15 novembre 1956 ; Paris, 12 février 1960, précités. Civ. Sect. Co. 27 juin 1961, Bull. Cass. 1961.3.255.

(33) Lyon, 27 septembre 1954 précité.

(34) Bastian : notes au J.C.P. 1949.II.5078 et 1950.II.5798.

(35) 14 février 1961, précité.

d'une telle société. S'il est impossible d'inférer du seul concubinage l'*affectio societatis,* comme la vocation au partage des bénéfices et à la répartition des pertes, les tribunaux rechercheront l'existence de ces éléments dans les circonstances de la cause ; il s'agira essentiellement pour eux d'établir cette volonté de collaboration active dans un but lucratif dont nous avons déjà parlé.

Une objection a parfois été faite (36) à l'existence de sociétés entre concubins : ceux-ci, dira-t-on, ont prétendu rester libres et n'assumer, l'un à l'égard de l'autre, aucune obligation ni aucune charge ; il serait donc surprenant qu'ils aient entendu se lier par un contrat de société. Mais, en réalité, ce que les concubins se sont réfusés à créer entre eux, c'est un lien conjugal, mais non point n'importe quelle sorte de lien juridique. Puisque leur activité, lorsqu'elle est dirigée vers un but commun, ne peut s'expliquer par le fait du concubinage, au moyen duquel ils ont, au contraire, entendu s'affranchir de toute obligation, elle doit trouver sa justification dans une autre idée et celle de société de fait est précisément susceptible de la fournir. De nombreux arrêts, tout en dégageant cette dynamique de collaboration, qui est à la base de la société, en relèvent le caractère égalitaire pour exclure le louage de service par lequel elle pourrait également se définir (37), la qualité de salarié étant incompatible avec celle d'associé (38). Il a été jugé *a contrario* que la simple coopération d'un concubin à la gestion d'un fonds de commerce appartenant à l'autre ne prouvait pas, par elle-même, l'*affectio societatis,* mais pouvait, soit s'analyser juridiquement en un mandat tacite (39), soit découler, en l'absence de toute fonction de gérance ou de direction, du rôle de conjoint légitime rempli par le concubin vis-à-vis du public (40).

Reprenons maintenant l'étude détaillée des conditions qui devront être remplies pour qu'il y ait société. Une société régulière en exige trois séries : tout d'abord, les conditions communes à tout

(36) De Naurois, op. cit.

(37) Bastian : note précitée ; Req. 8 janvier 1946 ; Rouen, 8 avril 1948 ; Rennes, 19 juillet 1950 ; Nancy, 15 novembre 1956, précitée.

(38) Trib. civ. Seine, 16 mars 1960, D. 1960, Somm. 90.

(39) Lyon, 5 novembre 1951, précité.

(40) Civ. 30 avril 1954, précité.

contrat, telles qu'elles sont posées par l'article 1108 du Code civil — consentement, capacité, cause et objet licites — ; puis les conditions d'existence spéciales au contrat de société, précisées par la doctrine sur la base des articles 1832 et 1833 du Code civil — existence d'apports, participation aux bénéfices et aux pertes, « *affectio societatis* » — ; enfin des conditions requises pour la constitution légale des sociétés : écrit — article 1834 du Code civil — et publicité — seulement exigée pour les société commerciales. Ce sont d'ailleurs là les conditions exigées pour qu'il y ait société régulière mais, depuis longtemps, les tribunaux ont admis que l'absence de certaines d'entre elles n'empêche pas une société d'avoir des effets pour le passé : la théorie de ces sociétés de fait, magistralement présentée par Hémard dans son *Traité des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, interviendra donc dans notre matière ; la société entre concubins est, en effet, presque toujours irrégulière pour défaut d'écrit et ne vaut que comme société de fait, ce qui, d'ailleurs, ne soulève guère de difficultés car la société n'étant généralement invoquée qu'à sa dissolution — concomitante à celle du concubinage — en vue d'obtenir un partage de l'actif résultant d'opérations antérieures, se trouve validée pour le passé par la théorie de la société de fait.

I. — Conditions communes à tout contrat.

Elles présentent peu de difficultés en notre matière, exception faite de la nécessité d'une cause licite, examinée précédemment — la première condition exigée par l'article 1108 consiste dans le consentement de la partie qui s'oblige. Comme il n'existe généralement pas d'écrit entre concubins, ce consentement est présumé et le juge l'induit dans chaque cas des circonstances de l'espèce. Le défaut de consentement ne se trouve en pratique jamais invoqué car il implique nécessairement le défaut d'« *affectio societatis* », de cette intention de partager les bénéfices, condition d'existence de la société sur laquelle trébuchent — ou devraient trébucher — maintes demandes en liquidation et partage de sociétés, introduites par des concubins. De même, l'on conçoit mal comment ce consentement, présumé par le juge, pourrait être vicié et, si le cas se présentait, il suffirait d'appliquer la théorie de droit commun des vices du consentement.

Il faut ensuite que la partie qui s'oblige possède « la capacité de contracter », capacité civile ordinaire ou capacité de faire le commerce, selon l'objet de la société. Là encore, l'absence de capacité n'aurait guère d'intérêt, puisqu'elle n'entraînerait la nullité de la société que pour l'avenir (41) et que la société entre concubins n'est invoquée qu'à sa dissolution. Une application curieuse de l'incapacité de la femme mariée peut cependant se rencontrer ; la femme mariée qui exploite avec son amant un fonds de commerce peut se voir interdire cette activité sur le fondement de l'article 4 nouveau du Code de commerce — et avant 1942, de l'article 4 du même Code et 220 du Code civil —, le mari ayant la faculté de faire opposition, faculté qui lui est désormais retirée par la loi du 13 juillet 1965 — article 5 — modifiant l'article 4 du Code du commerce. Du temps où la femme mariée était encore incapable, une décision du Tribunal civil de la Seine, réformée par la Cour d'appel de Paris, le 16 mars 1890 (42), avait mis en relief cette idée : « On ne s'expliquait pas comment cette femme, sous puissance de mari, aurait pu s'associer légalement sans l'autorisation maritale avec une tierce personne en vue d'une exploitation commune. » Mais ce consentement pouvait être tacite, comme le constate un jugement du Tribunal civil d'Avallon du 6 juin 1851 réformé, pour un autre motif, par la Cour de Paris le 19 août 1851 (43). Et, comme à cette irrégularité de constitution s'en ajoute généralement une autre : le défaut d'écrit et de publicité, une telle société se trouvera irrégulière à deux titres ; il n'en subsiste pas moins que de telles sociétés sont valables pour le passé, comme sociétés de fait.

Une décision du Tribunal civil de Sens du 13 décembre 1888 (44) a appliqué correctement ces principes bien qu'elle ait reconnu entre les concubins une société universellle de gains, là où il n'existait qu'une société particulière. Une femme mariée avait passé avec son amant un acte de société prévoyant entre eux une société universelle — c'est d'ailleurs le seul exemple que nous ayons relevé d'un acte écrit de société entre concubins — ; le tribunal constate la

(41) J. Hémard, op. cit., n^{os} 105, 110, 111 et 116.
(42) Gaz. des Trib. 30 mai 1890.
(43) D.P. 1854.2.84, S. 52.2.209.
(44) Gaz. Pal. 89.1.113.

nullité d'un tel acte du fait de l'incapacité de la femme, mais admet tout de même la liquidation pour le passé et le partage de l'actif social, l'acte de société constituant un commencement de preuve par écrit de la société et autorisant ainsi la preuve par présomptions.

Il faut, en outre, que la société ait un objet licite. Cette condition générale de tout contrat est rappelée dans l'article 1833, alinéa 1er, mais, en matière de société, elle présente des caractères particuliers, se rapprochant de la notion de cause et, pour la commodité de l'exposé, nous l'avons dissociée. Selon Hémard (45), c'est l'objet même de son exploitation qui peut être illicite — par exemple, une société créée pour l'exploitation de maisons de tolérance — ou bien seulement l'exploitation en société — société pour exploiter un office ministériel. Les principes jurisprudentiels normaux devront s'appliquer lorsque de telles sociétés seront instituées entre concubins, la jurisprudence et la doctrine estimant que, si la société a fonctionné, elle doit être liquidée comme une indivision, comme une communauté de fait (46). Enfin, il ne faut pas, bien entendu, que la cause du contrat soit contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

II. — Conditions d'existence du contrat de société.

L'article 1832 du Code civil donne la définition suivante du contrat de société : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » De ce texte, éclairé par l'Ancien Droit et, notamment, les définitions de Pothier, il ressort que trois éléments doivent être réunis : la constitution d'un fonds commun au moyen d'apports, une participation aux bénéfices et aux pertes, et un élément intentionnel dont le contenu exact est assez controversé : l'*affectio societatis,* l'intention de contracter une société. Tout tribunal saisi d'une demande en partage d'actif social doit donc rechercher si ces trois conditions sont réunies ; si l'une d'entre elles fait défaut, il ne peut exister de société, même de fait. En principe, cette recherche est facilitée par l'existence d'un

(45) J. Hémard, op. cit., nos 36 et s.
(46) J. Hémard, op. cit., no 73.

contrat de société, auquel il suffit de se référer, mais, entre concubins, cet écrit fait défaut. Il en résulte qu'il faut déduire l'existence de la société des faits d'exploitation et, sur ce point, l'appréciation des juges du fait est souveraine (47).

Il ressort cependant de l'examen des décisions rendues en notre matière, que, pendant longtemps, les tribunaux ont fait preuve d'un libéralisme excessif dans cette recherche. M. Jean Hémard a, dans une note récente (48), dressé un tableau très précis de leurs errements. Il suffisait bien souvent aux juges de constater que les concubins avaient exploité en commun un fonds de commerce ou une ferme, pour qu'ils en déduisent l'existence d'une société de fait entre eux. Une réaction s'est cependant produite depuis une trentaine d'années et, avant de reconnaître la société, les juges commettent désormais des experts ou ordonnent une enquête afin de vérifier si les conditions requises sont bien remplies (49) ; parfois même, ils chargent le notaire commis pour la liquidation de rechercher, avant de procéder à cette liquidation, tous les éléments d'appréciation susceptibles d'établir l'existence de la société (50). L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 janvier 1946 (51) est venu sanctionner ce retour aux principes, en reconnaissant une société entre concubins lorsqu' « il apparaît que leur activité a eu un objet commun consistant dans une collaboration volontaire en vue d'un partage de bénéfices et de pertes ».

Si les juges du fait sont souverains pour constater que les conditions du contrat tacite de société sont bien remplies, encore faut-il qu'il apparaisse dans leur décision qu'ils ont effectué les recherches nécessaires, faute de quoi cette décision risquerait d'encourir la cassation pour manque de base légale (52). Nous ne saurions

(47) Hémard, n° 159 ; Req. 14 mars 1927, S. 27.1.331, D.H. 27.223, Gaz. Pal. 27.2.86.

(48) Sous Req. 8 janvier 1946, J.C.P. 46.II.3053.

(49) Trib. civ. Lons-le-Saunier, 19 décembre 1939, Gaz. Pal. 1940.1.134 ; Lyon, 28 juin 1935, Mon. Jur. Lyon 19 mai 1936 ; Aix, 28 décembre 1933, D.P. 35.2.41, note Nast, Sem. Jur. 34.382, Gaz. Pal. 34.2.83.

(50) Paris, 26 juillet 1938, D.H. 1938, Somm. 1939.24, Rép. Gén. du Not. 1939.253.

(51) Gaz. Pal. 1946.1.72, J.C.P. 46.II.3053, note J. Hémard ; cf. également Lyon, 5 avril 1947, Mon. Jur. Lyon 1948, p. 45, Gaz. Pal. 48.I.

(52) Cass. Civ. 25 juillet 1949, Gaz. Pal. 1949.2.323, J.C.P. 1950.5798.II, note Bastian ; Rev. trim. dr. civ. 1950, p. 47, obs. Lagarde.

qu'approuver une telle position : le concubinage ne doit pas rendre plus facile la preuve du contrat de société, de telle sorte qu'un concubin, lorsqu'il veut invoquer des dispositions légales, doit être soumis au droit commun.

A - Existence d'apports constituant un fonds commun.

Aux termes de l'article 1833 alinéa 2 du Code civil, chaque associé doit apporter à la société soit de l'argent, ou d'autres biens, soit son industrie. En quoi vont consister les apports des concubins ? Souvent l'un apporte un fonds de commerce, l'autre seulement son travail (53), quelquefois accompagné d'économies, ou bien l'un apporte une ferme, l'autre un cheptel ou seulement son industrie (54). Comme aucun écrit n'existe en général, la réalité de ces apports doit être constatée par le juge ; cette recherche devra être d'autant plus poussée en la matière que la société peut cacher une simple donation déguisée ou encore une fraude à l'encontre des droits des créanciers des concubins, les apports étant alors purement fictifs (55). L'apport en industrie ne saurait résulter d'une simple collaboration économique : il faut encore qu'il y ait *affectio societatis.* Nous retrouverons ce problème en examinant cette seconde condition.

Il ne suffit pas cependant que le concubin ait apporté quelque chose au moment de l'entrée en ménage ; il faut que son apport soit fait en vue d'une activité commune. Bien des décisions l'ont ignoré : dans des espèces où transparaît la faveur du juge pour l'union libre, on a vu des sociétés de fait reconnues entre des concubins qui n'avaient aucune activité commune et dont les apports étaient constitués par le mobilier personnel de chacun (56). Il s'agit là, bien entendu, de sociétés imaginaires qui n'ont d'autre objet que

(53) Req. 8 janvier 1946, J.C.P. 46.II.3053, note J. Hémard, Gaz. Pal. 46.1.72 ; Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, D.P. 24.2.9, note Savatier, Journ. Soc. 25.100.

(54) Trib. civ. Lons-le-Saunier, 19 décembre 1939, Gaz. Pal. 40.1.134 ; Trib. civ. Vitré, 17 décembre 1941, D.H. 42, Somm. 12 ; Lyon, 12 mars 1930, Rev. Soc. 31.203, Sem. Jur. 35.I.729.

(55) Paris, 14 février 1946, J.C.P. 46.II.3036 ; Paris, 6 février 1868, Le Droit 11 février ; Trib. Co. Lyon, 14 janvier 1935, Sem. Jur. 35.1.729.

(56) Trib. civ. d'Etampes, 3 janvier 1933, Journ. Soc. 35.373, Sem. Jur. 33.575 ; Trib. civ. Seine, 26 avril 1934, D.P. 36.2.43, Gaz. Pal. 34.2.81.

l'aménagement de l'union libre car le mobilier de chaque concubin ne peut jamais constituer un apport dans une société de fait. Il en est de même pour les dépenses faites par l'un ou l'autre concubin : un arrêt de la Cour de Paris du 11 février 1911 (57) constate fort justement que « si la concubine a contribué aux dépenses de la vie commune par l'emploi de ses économies, on ne saurait reconnaître à cette contribution le caractère d'apports ». En effet, pour que le mobilier de la concubine puisse constituer un véritable apport, il faudrait que la société ait pour objet la vie en commun elle-même et, dans ce cas, elle serait contraire aux bonnes mœurs ; si, en revanche, l'objet de la société réside dans l'exploitation normale d'un fonds de commerce, le mobilier, sans rapport avec ce fonds, ne peut constituer un apport. Il en va de même de l'activité ménagère de la concubine, qui ne se rattache pas à la communauté de travail engendrée par la société particulière et doit être ignorée.

B - **Participation aux bénéfices et aux pertes.**

Peu de questions sont soulevées par cette condition, surtout édictée pour prohiber les clauses léonines d'attribution exclusive des bénéfices ou celles exonérant des pertes qui sont inconnues en notre matière. Dans les sociétés entre concubins, les bénéfices sont en général affectés à la subsistance des associés ; ils ne sont pas partagés durant l'union libre et c'est pour obtenir leur répartition après la dissolution de la société que surviennent les constestations. Les pertes réduisent d'autant le « train de vie » des concubins et c'est dans cette mesure que chacun y contribue également.

C — **L'affectio societatis.**

L'élément intentionnel du contrat de société, appelé généralement *affectio societatis,* est défini de façons diverses par ses auteurs. Il s'agit à la fois d'une condition d'ordre psychologique et d'une condition économique, assez difficiles à préciser lorsqu'il n'existe pas de convention initiale éclairant l'intention des parties, ce qui est le cas pour la société de fait reconnue entre concubins. Ce sera

(57) Gaz. Pal. 1911.2.131 ; Rev. Soc. 1912.432 ; Journ. Soc. 1912.520 ; Gaz. Trib. 1911.431.

donc au juge de rechercher dans chaque espèce si l'activité économique des concubins peut s'expliquer par leur intention de constituer une société. Nous avons vu que cette intention ne pouvait exister dans la société universelle entre concubins.

Comment le juge pourra-t-il la discerner dans une société de fait ? Pour la clarté de l'exposé, nous adopterons la définition de M. Pic (58) : il y a *affectio societatis* lorsqu'il ressort de l'attitude des associés entre eux une collaboration active et consciente — ce qui distingue la société de l'indivision —, sur un pied d'égalité — ce qui distingue le contrat de société du contrat de travail —, intéressée, c'est-à-dire en vue de partager des bénéfices. Ce sont ces trois caractères qu'a mis en relief l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 janvier 1946 (59), confirmant les motifs de l'arrêt attaqué qui relève que « la veuve D... occupait une situation qui n'était pas celle d'une employée, qu'elle a contribué par son activité à la fortune commune, qui avait été le résultat de leurs efforts réunis, que si E..., pour construire l'immeuble litigieux, a dû contracter divers emprunts, ils ont été remboursés grâce au travail et aux économies des deux concubins, qu'il apparaît ainsi que leur activité a un objet commun consistant dans une collaboration volontaire en vue d'un partage de bénéfices et de pertes ».

Or, il n'existe généralement pas entre concubins de documents ou de signes extérieurs qui permettraient de présumer leur intention de former une société : pas de contrat par écrit, rarement une raison sociale. En effet, le fonds de commerce, exploité en réalité par les deux concubins, est souvent au nom d'un seul ; cette seule circonstance ne saurait, d'ailleurs, faire écarter l'idée de société, tout au moins entre les concubins. C'est ainsi que l'arrêt de la Cour de Lyon du 28 juin 1935 (60) décidait une expertise pour déterminer le rôle effectif de la concubine dans les entreprises commerciales établies au nom de son concubin. Pour reconnaître l'*affectio societatis,* il faudra donc rechercher si les faits d'exploitation forment bien « un ensemble de présomptions interdisant toute contestation

(58) Pic et Krier : *Les sociétés commerciales,* 3e éd. 1940, nos 72 et s.
(59) J.C.P. 46.II.3053, Gaz. Pal. 46.1.72.
(60) Mon. Jur. Lyon, 19 mai 1936.

sérieuse, encore bien que chacun d'entre eux pris isolément puisse laisser place à un certain doute » (61).

Tout d'abord, il ne suffit pas que l'un des concubins concoure à l'exploitation : en plus des cas de fraude, où la concubine sert uniquement de prête-nom (62), il se peut qu'il s'agisse d'une simple activité bénévole, sans situation intéressée, ou d'une collaboration occasionnelle ; il se peut encore que l'un des concubins ait une position subordonnée et soit un simple employé quand bien même il aurait usurpé une certaine autorité dans l'entreprise en raison de ses relations avec son seul propriétaire (63). C'est pour cette raison que les décisions les plus récentes ont souvent recherché si la situation de la concubine ne correspondait pas à celle d'une domestique plutôt qu'à celle d'une associée ; ainsi un arrêt de la Cour de Nîmes du 20 octobre 1925 (64) constate en termes excellents qu'il faut avant tout que les concubins aient apporté leur activité et leurs aptitudes à une œuvre commune... « de sorte que l'avoir considéré comme le fonds social soit le résultat de leurs efforts réunis », ce qui n'est pas le cas lorsque, comme dans l'espèce, la concubine s'adonnait aux tâches domestiques et ne prêtait au commerce de son amant qu'un concours occasionnel, tel que garder la boutique en son absence : « Ce concours — poursuit l'arrêt — ne diffèrerait pas de celui qu'un maître peut demander à un domestique de confiance et, à plus forte raison, un concubin à sa compagne, sans que celle-ci ne devienne son associée. »

Cette collaboration peut se révéler dans de multiples circonstances et il n'est pas nécessaire qu'elle se montre aux tiers car il existe des sociétés commerciales qui ont pour caractéristique de rester ignorées des tiers : les associations en participation. C'est cependant dans l'existence ou l'absence de faits d'exploitation au grand jour que les juges ont entendu le plus souvent voir cette collaboration active et sur un plan d'égalité : location conjointe

(61) Trib. Co. Lyon, 1er mars 1923, cité par Hémard, op. cit., n° 161.

(62) Cf. notamment Trib. Co. Lyon, 14 janvier 1935, Sem. Jur. 35.1.729.

(63) Trib. Co. Lyon, 12 septembre 1930, Rev. Soc. 31.292.

(64) D.H. 25.659 ; voir également : Paris 13 juin 1872, D.P. 73.2169, S. 74.2.37 : la pseudo-associée ne savait ni lire ni écrire, et servait de simple prête-nom à son concubin failli ; la Cour a cependant reconnu l'existence d'une société universelle de gains !...

et solidaire d'une boutique (65), achat solidaire d'un fonds de commerce ou d'immeubles (66), souscription conjointe à une police d'assurance, achat aux fournisseurs (67), paiement des impôts ou toute signature conjointe (68), etc.

Une circonstance de fait très fréquente a aussi retenu l'attention des juges : souvent les concubins se font passer pour des gens mariés ; peut-on trouver dans cette possession d'état d'époux un indice de cette *affectio societatis,* si délicate à déterminer ? Il semble bien que, dans beaucoup d'arrêts, cette considération ait eu un certain poids (69) : lorsque les concubins se font passer pour époux lors de la location de leur boutique, « cette déclaration manifeste l'intention formelle de gérer ensemble ledit fonds » (70).

Il est pourtant difficile d'admettre une pareille solution car, si la fausse apparence que créent les concubins peut avoir des conséquences au regard des tiers, il ne saurait en être de même dans leurs rapports réciproques. Cette apparence peut s'expliquer par bien des motifs et surtout par la crainte du scandale ; on ne peut donc en déduire que les concubins ont montré par là leur volonté de gérance en commun sur un pied d'égalité ; d'ailleurs, les femmes mariées travaillant avec leurs maris ne sont pas nécessairement des associées ; bien au contraire, l'article 4 nouveau du Code de Commerce précise que... la femme « n'est pas réputée commerçante si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari... » ; elle est donc présumée apporter un concours bénévole.

On ne peut, dès lors, qu'approuver l'arrêt de la Cour de Nîmes du 20 octobre 1925 (71), lorsqu'il déclare que « pour qu'il ait existé

(65) Paris, 8 juin 1912, Gaz. Trib. 12.2.353, Journ. Soc. 13.432.

(66) Paris, 6 décembre 1940, S. 40.2.64, J.C.P. 41.II.1688, note Aulagnon, Gaz. Pal. 41.1.56.

(67) Paris, 16 mai 1890, Gaz. Trib. 30 mai ; Paris, 19 août 1851, D.P. 54.2.84, S. 52.2.209.

(68) Chambéry, 27 mai 1925 sous Req. 14 mars 1927, Gaz. Pal. 27.2.85 ; Bordeaux, 9 novembre 1927, D.H. 28.109, Gaz. Pal. 28.1.139.

(69) Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, D.P. 24.2.9, note Savatier ; Trib. civ. Nîmes, 24 mai 1924, Gaz. Trib. 25.2.181 ; Chambéry, 27 mai 1925, sous Req. 14 mars 1927, Gaz. Pal. 27.2.85.

(70) Paris, 8 juin 1912, Journ. Soc. 13.432.

(71) D.H. 25.659, Journ. Soc. 25.471, Rev. trim. 1926, p. 170 ; cf. également : Lyon, 5 avril 1948, Mon. Jur. Lyon 1948, p. 45.

une société de fait entre concubins, il importe peu qu'ils aient vécu en époux et se soient faits passer pour tels au regard du public, il faut avant tout qu'ils aient été l'un vis-à-vis de l'autre dans la position d'associés ». En définitive, la possession d'état d'époux ne doit pas réagir sur celle d'associé et ne constitue pas un indice favorable à l'admission de la société.

La recherche de l'*affectio societatis* présente donc bien des difficultés ; elle est entièrement abandonnée au juge du fait ; celui-ci doit faire abstraction de la cohabitation et relever uniquement les faits d'exploitation, à l'exclusion de ceux découlant de la communauté de vie. Selon sa plus ou moins grande indulgence, la société entre concubins constituera pour ceux-ci un pseudo-régime matrimonial ou bien une société réelle.

III. — Conditions de forme et de publicité.

Toute société doit être rédigée par écrit — articles 1834 du Code civil et 39 du Code de commerce — sauf l'association en participation, mais doctrine et jurisprudence (72) sont actuellement d'accord pour voir dans cette exigence des rédacteurs du Code une simple condition de preuve et non une condition de validité du contrat de société ; la société non rédigée par écrit est simplement irrégulière pour le passé comme société de fait. Nous avons vu (73) que cet écrit fait très souvent défaut en matière de société entre concubins, ce qui s'explique aisément : il s'agit en général de sociétés à formation spontanée, quelquefois de sociétés verbales. Le défaut d'écrit constitue ainsi la source la plus considérable d'irrégularité en la matière.

De plus, les sociétés commerciales — sauf encore l'association en participation — sont soumises à un régime de publicité : dépôt des statuts au greffe du Tribunal de commerce, publication d'un extrait dans un journal d'annonces légales, sans compter l'inscription au registre du commerce. Ces formes ne sont pas respectées par les concubins pour des raisons bien compréhensibles, ce qui fait

(72) J. Hémard, op. cit., n^{os} 131 et s.

(73) Cf. cependant : Trib. civ. Sens, 13 décembre 1888, précité, Gaz. Pal. 89.1.113.

encourir une nullité de plus à la société créée entre eux, mais cette nullité laisse subsister dans le passé une société de fait qui doit être liquidée ; l'inconvénient n'est pas considérable pour les concubins qui n'invoquent une société qu'au moment de sa dissolution. Enfin, le défaut d'écrit et le défaut de publicité ne peuvent être opposés par l'un des associés envers l'autre.

La société entre concubins peut donc être entachée de nullité pour plusieurs raisons, mais, dès lors qu'il ressort des faits d'exploitation que les trois conditions d'existence sont réunies, rien ne s'oppose — en l'état actuel de la jurisprudence — à ce que la situation de fait soit liquidée comme une société. Encore faut-il que la preuve en soit rapportée, ce qui pose un problème gênant pour la jurisprudence favorable à de telles sociétés.

*
* *

CHAPITRE II

Nature juridique et preuve des sociétés entre concubins

Cette apparence de légitimité, que revêt le plus souvent le concubinage, soulève une difficulté. A l'égard des tiers, en effet, les concubins se présentent rarement comme des associés, mais plutôt comme des conjoints légitimes ; or, on l'a vu, la seule cohabitation — même prolongée — de personnes non mariées qui ont vécu en époux ne peut donner naissance entre elles à une société. Est-il possible d'aller plus loin et de prétendre que le fait de passer aux yeux des tiers pour des gens mariés soit exclusif d'un bien social entre les intéressés quand bien même, en l'espèce, les éléments constitutifs d'un contrat de société se trouveraient réunis ?

L'aspect qu'emprunte extérieurement le faux ménage semble sans influence sur la liquidation entre les concubins de leurs droits respectifs (1). Dès lors que sont démontrés l'existence d'apports effectués par l'un et l'autre, la participation de chacun d'eux aux bénéfices et aux pertes, l'intention de s'associer, un contrat de société a pris naissance entre eux. Mais, à l'égard des tiers, cette société conserve

(1) Bien mieux, leur mariage ultérieur sous le régime de la communauté légale a pu être considéré par un arrêt récent comme révélateur de l'*affectio societatis*. Civ. 19 avril 1961, Bull. Cass. 1961.I.170.

un caractère occulte ; il n'existera, le plus souvent, ni raison sociale, ni siège social, ni manifestation extérieure de la réalité de la société ; sans doute, le public est-il en rapport avec les deux concubins, mais, pour lui, le rôle de la femme n'est pas « différent de celui de l'épouse prêtant la main à son mari » (2). D'autre part, il paraît justifié de soutenir que, puisque les tiers ont la faculté de tenir les concubins pour ce qu'ils prétendent être, c'est-à-dire pour des époux, la femme ne peut à leur égard, en vertu de l'article 4 alinéa 2 du Code de commerce, être réputée commerçante et par conséquent associée en nom.

Ainsi, lorsque le concubinage revêt l'apparence d'une union légitime et qu'il est possible d'admettre entre les concubins l'existence d'un lien social parce que les éléments d'un contrat de société sont réunis, on se trouve en présence d'une association en participation, inconnue du public en tant que telle, dont les effets sont limités aux deux participants (3). Dans cette hypotthèse, les créanciers n'ont d'action qu'à l'encontre du gérant de la participation ; ils conservent néanmoins la possibilité de mettre en cause le concubin demeuré étranger au contrat au moyen, non pas de l'action *pro-socio* dont ils sont dépourvus, mais d'un autre procédé juridique tiré de la théorie de l'apparence : lorsque les concubns ont fait figure de gens mariés, ils ont commis une faute, parfois même un dol, et les tiers trompés par une situation illusoire possèdent la faculté d'exercer contre eux les droits dont ils bénéficieraient à l'égard d'époux séparés de biens avec lesquels ils auraient traité ; le fondement du droit du tiers est alors quasi délictuel (4).

La situation peut être plus complexe lorsque, les éléments constitutifs du contrat de société supposés réunis, les concubins — tout en se faisant passer pour conjoints légitimes — exercent l'un et l'autre les fonctions de gérance et de direction du fonds car il sera bien difficile, pour les tiers, de départager ce qui rentre dans le rôle de l'époux de ce qui ressortit à la qualité d'associé. Dans ce cas, les deux concubins auront le plus souvent créé ou acheté en-

(2) Civ. 30 avril 1954 précité.
(3) Civ. 24 novembre 1959 précité ; Req. 14 mars 1927, D.H. 1927.223.
(4) Savatier, note précité ; Trib. civ. Nice, 27 octobre 1909, D.P. 1912.216.

semble le fonds de commerce, objet de l'exploitation commune, et l'accomplissement des formalités de publicité légale — insertions, immatriculation des deux intéressés au Registre du Commerce —, à supposer qu'elles aient été régulièrement et intégralement remplies, devrait permettre aux tiers de connaître la situation exacte. Mais, le plus souvent, les formalités effectuées sont incomplètes : il est rare notamment que les concubins soient immatriculés tous les deux au Registre du Commerce ; ils se présentent alors au public, sous une double apparence, à la fois comme conjoints et comme associés.

Les deux situations ne sont, d'ailleurs, pas incompatibles ; elles se rencontrent lorsque les époux légitimes concourent ensemble à l'exploitation d'un fonds indivis entre eux dont ils assurent, l'un et l'autre, la gérance et la direction. La jurisprudence qui, jusqu'à la récente intervention du législateur, prononçait régulièrement la nullité de ces sociétés, leur reconnaissait néanmoins le caractère de sociétés de fait susceptibles de produire pour le passé, entre les époux, des rapports semblables à ceux qu'aurait engendrés une société régulière. Une situation analogue doit être ménagée aux concubins, étant observé que, dans cette hypothèse, l'irrégularité de la société proviendra seulement du défaut d'écrit et de publicité et non de la qualité des parties. On sera en présence d'une société créée de fait, revêtant les caractères de la société en nom collectif et analogue à celle qui aurait pu se former entre époux séparés de biens car la position des concubins qui se font passer pour époux à l'égard des tiers, tout en agissant comme des associés, est celle de conjoints légitimes mariés sous un régime séparatiste.

Contrairement aux assertions des décisions de jurisprudence qui avaient cru voir une société universelle dans la confusion de biens résultant du concubinage, nous estimons que l'existence d'une société de fait entre concubins présuppose, sinon une appropriation personnelle par chacun d'eux des biens composant le patrimoine social, tout au moins une dualité dans l'administration de celui-ci, exclusive d'un régime de communauté. Cette considération permet de répondre aux critiques selon lesquelles la théorie des sociétés de fait viserait à doter les concubins d'une sorte de régime matrimonial : la réalité d'une telle société ne sera établie, tout au moins à l'égard du public, que dans la mesure où l'apparence du mariage s'effacera devant cette société. Mais cette apparence, que les tiers ont la faculté d'invo-

quer, ne peut leur être opposée. Ainsi, tandis que la femme mariée associée de fait n'est pas susceptible d'être mise en faillite, à moins qu'elle n'exerce un commerce séparé de celui de son mari, les créanciers sociaux sont fondés à poursuivre la concubine comme une véritable associée en nom (5), les dispositions de l'article 4, 2e alinéa, du Code de Commerce ne lui étant pas applicables de plein droit (6).

Dans ce Chapitre, nous allons aborder également les problèmes de la preuve des sociétés entre concubins et une distinction devra être opérée : en matière commerciale, tous les modes de preuve sont admis, tant pour les intéressés que pour les tiers (7) ; en matière civile, il convient de se référer au droit commun et d'appliquer les dispositions des articles 1341 et suivants du Code civil, de telle sorte que l'admission de la preuve testimoniale est subordonnée entre les parties à la production d'un commencement de preuve par écrit (8) à moins que l'acte n'ait été perdu ou détruit ou que l'impossibilité pour le demandeur de se procurer une preuve littérale ne soit établie.

La jurisprudence s'est montrée extrêmement large sur le dernier point. Il a été, en effet, jugé que l'article 1348 n'établissait aucune distinction entre les impossibilités matérielles et les impossibilités intellectuelles (9) et que, la situation même des concubins les empêchant moralement de se ménager le commencement de preuve par écrit exigé par l'article 1347 (10), la preuve était pratiquement libre entre eux en toute hypothèse, l'actif social comprendrait-il un immeuble (11). Une certaine réaction se dessine en doctrine contre cette conception et l'on indique notamment que la notion d'impos-

(5) Orléans, 3 juillet 1908, Gaz. Pal. 1908.2.518, Journ. Soc. 1910.30.

(6) Caen, 30 avril 1926, S. 1927.2.150.

(7) Paris, 20 mars 1959 précité et, sur pourvoi, Civ. 14 février 1961 précité.

(8) Bordeaux, 9 novembre 1927, D.H. 1928.109 ; Amiens, 29 novembre 1950, D. 1951.80.

(9) Lyon, 12 mars 1930, Rev. Soc. 1931.203.

(10) Trib. civ. Villefranche-sur-Saône, 27 avril 1937, Mon. Jur. Lyon 21 décembre 1937 ; Nancy, 13 décembre 1949, Rec. Nancy 1950.76 ; Paris, 25 avril 1955, D. 1956, Somm. 28, et, sur pourvoi, Civ. 20 mai 1957, D. 1957, Somm. 101 ; Civ. 21 février 1956, D. 1956.287. *Contra :* Nancy, 24 octobre 1956, D. 1957.27.

(11) Civ. 1er décembre 1952 précité.

sibilité morale se rattache à un élément d'ordre moral, dont le concubinage est précisément la négation (12). En tout état de cause, les tiers jouissent dans le domaine de la preuve de la liberté la plus complète, d'autant que les concubins s'efforceront souvent, en niant la société, de frustrer les créanciers de leurs droits (13). Il convient, par conséquent, de donner à ces derniers la possibilité d'établir par tous moyens la réalité d'une situation dont l'irrégularité n'est pas leur fait.

La jurisprudence dominante considère donc que la cohabitation n'engendre pas, par elle-même, une société de fait entre les concubins mais qu'il leur est possible d'en prouver l'existence conformément au droit commun. Les difficultés subsistent cependant si l'on considère la forme particulière de ces sociétés : l'écrit exigé par l'article 1834 fait presque toujours défaut, et nous nous trouvons en face d'une société créée de fait... qui ne constitue pas une forme spéciale de société, mais une simple modalité des sociétés de fait ; elle peut être civile ou commerciale et revêtir les différentes formes légales des sociétés de personnes. La preuve de son existence sera admise de façon différente selon sa nature civile ou commerciale ; il faut donc rechercher tout d'abord la nature de la société envisagée afin de savoir quel régime de preuve lui appliquer ; une fois cette question tranchée, le juge peut lui donner sa qualification exacte, d'après les faits d'exploitation.

Cette méthode, pourtant logique, a été constamment méconnue par les tribunaux qui semblent avoir subi une évolution considérable sur ce point. Nous avons vu, en effet, que pour régler les demandes en liquidation de sociétés universelles de gains, les premiers arrêts se sont placés sur le terrain de la preuve, d'ailleurs à tort dans la plupart des cas, puis, lorsque la répugnance primitive des juges s'est transformée au point d'admettre, par suite d'une analyse juridique défectueuse, une espèce de régime de droit commun, les tribunaux ont souvent donné à ces sociétés une nature qui leur était étrangère

(12) D.A., H. et L. Mazeaud : observations critiques à la Rev. trim. dr. civ. 1953.709, n° 37. Pour nous, cette notion d' « impossibilité morale » ou « intellectuelle » demeure parfaitement distincte de la « moralité » même d'une situation à laquelle, pourtant, elle se rattache ; le terme « moral » n'ayant pas la même signification dans les deux cas.

(13) Hémard, op. cit., n° 169.

mais qui en facilitait — croyaient-ils — la preuve ; c'est ainsi qu'ils ont vu entre concubins des associations en participation là où n'existait qu'une société en nom collectif. Cependant, plus qu'en toute autre matière, il est aisé d'appliquer ici les règles généralement admises, en ignorant simplement le fait de cohabitation, ce qui est d'autant plus facile que la règle « *nemo auditur* »... ne saurait jouer. Deux problèmes se posent donc : celui de déterminer le mode de preuve applicable à chaque espèce de société qui peut exister entre les concubins et ensuite celui de rechercher quels procédés techniques peuvent être employés.

Section I

INFLUENCE DE LA NATURE DE LA SOCIETE SUR LE MODE DE PREUVE

Selon son objet, la société entre concubins sera civile ou commerciale et devra être prouvée de manière différente. Il faut donc, avant de rechercher le mode de preuve applicable, considérer la nature de la société. Toutefois, doit être mis à part le cas de l'association en participation, société d'un type très spécial dont la preuve est libre et qui a souvent été invoquée entre les concubins.

I. — Les sociétés civiles entre concubins.

Lorsqu'une société civile de fait est invoquée en justice, doctrine et jurisprudence s'accordent pour dire que la preuve doit être celle du droit commun, en matière civile. En effet, l'article 1834 du Code civil ne fait que reprendre les dispositions de l'article 1341 ; il convient donc d'appliquer aussi au contrat de société les exceptions de l'article 1347, admettant la preuve testimoniale ou la preuve par présomptions chaque fois qu'il existe un commencement de preuve par écrit, et celle de l'article 1348 envisageant l'impossibilité de se procurer un écrit. Notons également — bien que le cas se présente rarement... — que, si l'objet du contrat est inférieur à 5.000 anciens francs, depuis la loi du 21 février 1948, la société civile de fait, nulle

pour l'avenir, peut se prouver pour le passé selon le droit commun civil.

En matière de preuve civile, les tribunaux ont en général correctement appliqué ces principes. Ils ont recherché s'il existait un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité morale de se procurer un écrit avant d'ordonner une expertise ou d'admettre la preuve testimoniale de certains faits (14). Ce n'est pas sur le terrain des principes mais en ce qui concerne leur application qu'ils ont fait preuve du libéralisme que nous avons déjà souvent relevé et que nous rencontrerons encore. Seuls les arrêts anciens saisis de demandes en liquidation de sociétés universelles de gains ont méconnu ces principes ; ils ont rejeté ces demandes sous le prétexte qu'il n'existait pas de contrat écrit sans appliquer les règles qui, dans certains cas, permettent la preuve par témoins ou par présomptions. Erreur volontaire ? On peut se le demander : les juges du siècle dernier ont peut-être usé de cet artifice condamnable pour écarter des demandes qui leur semblaient par ailleurs recevables, et ceci par défiance envers l'union libre, alors qu'il existait des raisons valables de rejeter toute société universelle entre concubins. La société civile entre concubins ne peut être qu'une société particulière ; on la rencontre pratiquement dans le cas où les concubins ont exploité une ferme en commun (15).

II. — Les sociétés commerciales entre concubins.

Pour les mêmes raisons que celles exposées en matière de sociétés civiles, les sociétés commerciales de fait sont soumises aux règles de preuve de droit commun ; la preuve étant libre en droit commercial, tous les modes seront admis, même la preuve testimoniale. C'est ce qu'ont toujours décidé jurisprudence et doctrine ; ainsi un arrêt de la Chambre civile du 28 décembre 1899 (16) expose

(14) Trib. civ. Vitré, 17 décembre 1941, D.A. 1942, Somm. p. 12 ; Lyon, 12 mars 1930, Sem. Jur. 31.1.495, Rev. Soc. 31.203 ; Bordeaux, 9 novembre 1927, D.H. 28.109.

(15) Trib. civ. Vitré, précité ; Trib. civ. Lons-le-Saunier, 19 décembre 1939, Gaz. Pal. 40.1.134 ; Lyon, 12 mars 1930, précité.

(16) S. 1900.I.22 ; cf. également : Req. 7 avril 1909, S. 1909.I.388 ; Req. 9 avril 1921, S. 1922.1.180 ; Req. 15 janvier 1923, S. 1924.1.12 ; Hémard, op. cit., nos 94, 95 et 169.

fort clairement le principe : « ...si aux termes de l'article 39 du Code de Commerce les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics, ou sous signature privée, cette disposition ne s'applique pas à une simple association de fait, lorsqu'il s'agit non pas de lier les parties pour l'avenir en les obligeant à continuer leur association, mais de déterminer les rapports qui ont pu exister entre elles dans le passé, afin d'arriver à la liquidation des opérations faites en commun ; en pareil cas, l'existence de l'association peut être établie par tous les modes de preuve autorisés en matière commerciale ». Il n'existe aucune raison de se montrer plus strict à l'égard des sociétés entre concubins.

Telle n'a pas été l'opinion de certaines décisions qui ont rejeté les demandes en partage de sociétés commerciales sous le prétexte qu'il n'existait ni écrit, ni commencement de preuve par écrit (17). Dans une affaire importante que nous retrouverons plus loin, la technique défectueuse des tribunaux est mise en pleine lumière : deux concubins, la dame E... et le sieur G..., avaient accumulé une fortune considérable dans l'exécution conjointe d'un commerce de chiffonnier et de marchand de jouets dans les foires ; après séparation, la dame E... réclame au sieur G... le partage de l'actif social ainsi créé. Le Tribunal de commerce de Chambéry, tout en reconnaissant qu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de l'existence d'une société, leur refuse toute force probante parce qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit. La Cour de Chambéry (18) a cherché une échappatoire : elle a qualifié d'association en participation la société ainsi créée de fait, société qui se prouve normalement par tous moyens ; la Cour de Cassation a confirmé cet arrêt (19).

Cette solution de facilité est d'autant plus regrettable qu'il ne s'agissait nullement en l'espèce d'une association en participation, ainsi que nous le démontrerons ; la vérité est que, pour vaincre une difficulté imaginaire, les juges ont dénaturé les textes légaux. Sans doute, ces errements n'ont pas été repris par les décisions les plus

(17) Notamment Trib. civ. Lyon, 23 avril 1902, Mon. Jur. Lyon 26 août 1902 ; Trib. civ. Villefranche, 27 avril 1937, Mon. Jur. Lyon 21 décembre 1937.

(18) 27 mars 1925, Gaz. Pal. 27.2.85 sous Req. 14 mars 1927.

(19) Req. 14 mars 1927, D.H. 27.223, Gaz. Pal. 27.2.85.

récentes qui ne soulèvent même pas la question de preuve ; aussi peut-on se demander, une fois encore, si cette application correcte des principes ne provient pas d'une ignorance du problème, plutôt que d'une volonté de le résoudre normalement.

Cette société commerciale entre concubins ne peut guère être qu'une société en nom collectif ; c'est, en effet, la forme de droit commun pour la société de personnes, celle que les tribunaux reconnaissent lorsqu'il y a doute sur la nature de la société ; il est donc normal qu'une société à formation spontanée revête cette forme. Sans doute, les concubins pourraient-ils en adopter une autre ; il faudrait alors qu'ils en manifestent, au moins tacitement, la volonté ; une telle société, ayant perdu son caractère spontané, est d'ailleurs souvent entachée de fraude : il s'agit, par exemple, d'une société fictive, destinée à tourner les dispositions jurisprudentielles en matière de donation entre concubins. Peu de décisions vont jusqu'à rechercher la qualification exacte de la société ; elles se bornent à déclarer qu'il y a société de fait, comme si ce qualificatif était suffisant. Exception doit cependant être faite en ce qui concerne les associations en participation, souvent invoquées par les concubins.

III. — Les associations en participation entre concubins.

Aux termes mêmes de l'article 49 du Code de commerce — modifié par la loi du 24 juin 1921 qui a remanié tous les textes relatifs à ce genre spécial de sociétés — « les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers ». Ce caractère occulte, que la loi du 24 juin 1921 a consacré à la suite de la jurisprudence antérieure, constitue le trait distinctif de l'association en participation (20). Il en résulte tout naturellement qu'elle n'est pas soumise aux formalités prescrites pour les autres sociétés — article 49 alinéa 2 du Code de commerce — et qu'elle peut être constatée par tous les moyens de preuve — article 50. En contre-partie, elle ne constitue pas une personne morale et chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel. Il semble ainsi possible de trouver une forme de société régulière entre concubins,

(20) Hémard, op. cit., n° 158 ; note Bastian sous Lyon, 14 octobre 1946, J.C.P. 47.II.3858.

puisqu'elle ne connaît pas les deux causes de nullité les plus fréquentes : l'absence d'écrit et le défaut de publicité.

La jurisprudence a usé habilement de l'association pour tourner la difficulté de preuve qui s'était révélée pour l'admission de la société universelle de gains. Cette attitude est très nette dans l'affaire Renaudot de 1851 : le Tribunal de commerce d'Avallon avait reconnu, en première instance, une association en participation que la Cour de Paris (21)) avait transformée en société universelle afin de pouvoir la rejeter sur le terrain de la preuve pour défaut de commencement de preuve par écrit. Nous avons vu que, dans l'affaire dame E... contre sieur G..., c'est l'inverse qui s'était produit. Ceci tendrait à prouver que ce n'est plus la forme de la société qui détermine la technique de la preuve mais bien les nécessités de preuve — selon l'attitude personnelle du juge envers l'union libre — qui commandent la nature de la société.

Mais il y a plus : une étude de la quasi-totalité des décisions nous montre que c'est à tort qu'elles ont admis une association en participation entre les concubins. Le caractère occulte de l'association en participation est délibérément ignoré : les juges semblent le trouver simplement dans le défaut de publicité ; dans l'arrêt Renaudot, il est précisé que la concubine traitait directement avec les fournisseurs et que le fonds de commerce était sous l'administration commune des deux concubins ; dans l'affaire dame E... contre sieur G..., il est dit que les deux fonds de commerce étaient l'objet d'une « exploitation en commun » et cependant la Cour de Cassation a reconnu l'association en participation ; dans tous les cas, les tiers ont connu les deux associés et ont traité avec eux comme tels. Ainsi que le constate M. Savatier (22) : « ...en réalité, quand les concubins ont réellement l'intention de fonder une société, ils agissent publiquement comme associés et les prétendues sociétés en participation quon a cru découvrir ici ne sont autres que le concubinage lui-même dont on a vu qu'il n'était pas une société ».

Lorsque des concubins invoquent devant les tribunaux une « association en participation », alors que les faits d'exploitation

(21) 19 août 1851 précité, D.P. 54.2.85, S. 52.2.209.
(22) Rép. prat. Not. 1927, p. 568.

démentent cette qualification, les juges ont le devoir de rétablir la qualification exacte de « société » car il s'agit non seulement d'une dénaturation des faits, mais encore d'une véritable question de droit et, à ce double titre, la Cour de Cassation est compétente pour contrôler les affirmations du juge du fait (23).

Est-ce à dire qu'il ne peut exister d'association en participation entre les concubins ? Il semble que ce soit là la pensée de M. Savatier. Nous ne pensons pas, cependant, qu'il existe un obstacle de principe car les concubins peuvent conclure tout aussi bien une association en participation qu'une société en nom collectif. Il existe, toutefois, une difficulté de preuve considérable : en effet, les participations normales sont constatées par écrit (24) — bien que cette formalité ne soit pas exigée par la loi — ou, tout au moins, résultent d'écritures, livres ou registres ; or tout cela fait généralement défaut en notre matière. Dans ces conditions, ce sont les faits d'exploitation qui doivent être retenus pour prouver la participation et c'est de l'attitude des concubins vis-à-vis des tiers que l'on peut déduire l'*affectio societatis* et notamment la collaboration sur un pied d'égalité. Un arrêt de la Cour de Paris s'est heurté à cette difficulté : il constate que la société invoquée ne s'était pas révélée aux tiers et a simplement constaté l'existence d'un contrat de travail tacite.

Le cas des associations en participation créées de fait, c'est-à-dire présumées, peut se rencontrer ; comme le précise M. Bastian : « précisément parce que l'association en participation reste une société occulte, dont l'existence ne se manifeste que dans les rapports entre participants, ce n'est pas au regard des tiers qu'il faut rechercher s'il y a apparence de société mais uniquement dans les relations entre associés ». L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 novembre 1946 en donne un exemple (25) ; il n'en reste pas moins que les difficultés de preuve sont considérables.

Plusieurs décisions (26) ont admis qu'une association en participation avait été contractée entre deux amants qui exploitaient

(23) Lyon, 14 octobre 1946, J.C.P. 47.II.3858, note Bastian.

(24) Gaz. des Trib. 1911.11.2.431 ; Gaz. Pal. 1911.2.131 ; Rev. Soc. 13.432.

(25) Req. 25 nov. 1946, J.C.P. 47.II.3532, note Bastian.

(26) Orléans, 3 juillet 1908, Gaz. Pal. 1908.2.318 ; Paris, 8 juin 1912, Gaz. des Trib. 1912.2.353 ; Req. 14 mars 1927, D.H. 1927.223.

ensemble un fonds de commerce. Les arrêts se contentent d'ordinaire, pour admettre l'existence d'une association en participation, de constater que le fonds a été exploité en commun par les concubins ; cette exploitation en commun fait présumer l'existence d'un contrat d'association en participation. Voici, à titre d'exemple, comment s'exprime la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation (27) : « Attendu qu'il est constaté par la Cour d'appel que les sus-nommés, qui vivaient depuis plusieurs années en état de concubinage, ont exercé ensemble à Aix-les-Bains le double commerce de chiffonniers et de marchands de jouets dans les foires ; que G... ayant acquis à Chaudy un immeuble qu'il aménagea pour en faire un café et un hôtel garni, l'exploitation du fonds de commerce avait été entreprise en commun par lui et la dame E..., que tous les deux assurèrent contre l'incendie l'immeuble et signèrent un avenant assurant le mobilier... Attendu qu'en l'état de ces faits, le sieur G... et la dame E... avaient contracté l'association en participation... ». Pour la Cour suprême, la preuve de l'association en participation résulte de l'état de concubinage et de l'activité commune des concubins dans l'exploitation du fonds de commerce.

Une telle forme de société pourrait présenter des inconvénients sérieux : l'association en participation est une association occulte : les associés non gérants ne doivent pas se révéler aux tiers, qui ne connaissent que le gérant et ne peuvent poursuivre que lui. Dans le cas des concubins, seul l'homme avec lequel, d'ordinaire, traitent les tiers, pourrait être poursuivi. Mais, le plus souvent, la femme s'immiscera, en fait, dans la gestion et se révèlera aux tiers : dès lors elle sera tenue du passif solidairement avec son amant. La Cour d'Orléans (28), tout en reconnaissant qu'une femme légitime qui signe à la fois du nom de son mari et du sien propre ne donne pas une signature sociale, admet qu'une semblable signature, lorsqu'elle réunit les noms de deux personnes étrangères, associées de fait en participation, constitue une signature sociale les obligeant toutes deux directement. En l'espèce, les deux personnes « étrangères » étaient des concubins et la société en participation était

(27) Req. 14 mars 1927, précité.
(28) Orléans, 3 juillet 1908, précité.

établie à l'évidence aux yeux de la Cour, par le rôle de la concubine dans l'exploitation.

Il était bien tentant pour la jurisprudence de recourir à ce procédé et de déclarer que les concubins étaient associés en participation. Il n'est cependant pas certain que cette analyse soit rigoureusement exacte. C'est par des faits associationnels que l'on prétend démontrer l'existence de l'association ; le plus souvent, ces faits sont des faits d'immixtion de l'associé non-gérant dans la gestion. Or, ce qui caractérise essentiellement l'association en participation, c'est son caractère occulte ; dès lors, en prétendant prouver l'association, on prouve en même temps que cette association n'a pas fonctionné comme elle aurait dû le faire. L'arrêt de la Chambre des Requêtes précité du 14 mars 1927 est très significatif à cet égard : les concubins, dit-il, ont « exercé ensemble » le commerce de chiffonniers ; l' « exploitation » du fonds de commerce acheté par G... a été « entreprise en commun » par lui et la dame E... ; « tous deux assurèrent » l'immeuble...

La distinction entre les actes de surveillance interne que les associés en participation non-gérants peuvent faire et les actes d'immixtion qui ont pour résultat de les rendre responsables vis-à-vis des tiers est délicate. La Cour de Cassation estime qu'il y a là une question de fait (29), mais, en tous cas, dans l'espèce jugée par la Chambre des Requêtes, il ne saurait, semble-t-il, y avoir de doute : s'il y a eu association en participation, il y a eu aussi immixtion et immixtion constante de la concubine. D'ailleurs, il est piquant de constater que la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de trancher, comme dans cette espèce, des conflits entre les concubins, utilise très largement ces actes pour en déduire l'existence de l'association en participation tout en camouflant en quelque sorte, au moins par prétérition, le caractère d'acte d'immixtion, alors que, quand il s'agit de sauvegarder les droits des tiers, elle admet au contraire très facilement que ces actes sont des actes d'immixtion, pour déclarer la concubine tenue des engagements contractés par son amant. La Cour d'Orléans, dans l'arrêt du 3 juillet 1908 que nous avons cité, décide que l'immixtion résulte du fait pour la concubine d'avoir signé

(29) V. Bourcart, note sous Cass. Civ. 30 mars 1927, S. 1927.1.329.

du nom de son amant joint au sien, après avoir constaté que la société en participation résultait à l'évidence du rôle de la concubine dans l'exploitation, ce qui constituait également, très certainement, une immixtion.

En somme, la jurisprudence tire de l'activité de la concubine la preuve de l'existence d'une association en participation alors que, normalement, l'associé en participation non-gérant ne doit pas déployer d'activité extérieure ; puis, lorsque cela est nécessaire, elle isole quelques éléments de cette activité pour déduire de leur caractère d'actes d'immixtion les conséquences qui sont normalement attachées à ce caractère. Il y a là un procédé assurément ingénieux mais critiquable : tout d'abord, il est fort douteux que les concubins aient eu l'intention de se conduire comme des associés en participation, c'est-à-dire qu'il est fort douteux que l'amant ait eu l'intention d'être, aux yeux des tiers, seul exploitant du fonds et que sa maîtresse ait voulu cacher aux tiers son activité sociale. Cela semble surabondamment résulter de ce que ce sont, non des actes de collaboration occulte, mais des faits d'immixtion extérieure qui servent à prouver cette association prétendûment occulte. Pour que l'on puisse admettre que les parties ont eu l'intention de fonder une association en participation, il aurait fallu, au moins, relever à côté des actes d'immixtion des actes qui ne fussent pas... des actes d'immixtion.

De toute manière et à supposer même qu'au début il ait été dans l'intention des parties que l'association restât occulte, l'immixtion de la concubine dans la gestion du fonds, avec son caractère non pas accidentel mais permanent, acceptée de son amant, a incontestablement transformé cette association en participation en une société ordinaire, opposable par les tiers aux associés et opposable par les associés aux tiers. Ainsi on se trouve ramené au cas d'une société ordinaire qui fonctionne sans que sa constitution ait été constatée par écrit.

En résumé, la société entre concubins est rarement une société régulière, n'étant qu'exceptionnellement constatée par écrit, mais elle n'en vaut pas moins dans le passé comme société de fait.

Section II

LA TECHNIQUE DE LA PREUVE DES SOCIETES ENTRE CONCUBINS

Pour établir, en l'absence de tout écrit, l'existence d'une société entre les concubins, plusieurs procédés sont possibles et sont admis par la jurisprudence. Ils sont plus ou moins pratiques selon la nature de la société que l'on veut établir, selon aussi que ce sont les tiers qui veulent prouver contre les concubins l'existence d'une société ou que c'est l'un des amants qui cherche à rapporter cette preuve contre l'autre ou contre un tiers ; il y a ainsi une interférence entre les problèmes touchant au fond du droit et les problèmes de preuve. Tantôt, c'est pour que la preuve soit plus facile que tel type de société est invoqué plutôt que tel autre, tantôt l'inverse se produit et les procédés employés pour la preuve sont commandés par la nature de la société dont on veut établir l'existence.

Les sociétés qui peuvent exister entre concubins sont des sociétés universelles ou des sociétés particulières, des sociétés civiles ou des sociétés commerciales ; elles peuvent être soit des sociétés occultes, soit des sociétés opposables aux tiers et pouvant être invoquées par eux. Toutes les combinaisons concevables ne sont d'ailleurs pas possibles entre ces diverses catégories de sociétés : les sociétés universelles sont nécessairement civiles ; les sociétés particulières, au contraire, sont le plus souvent commerciales.

Il était naturel de chercher d'abord à établir l'existence d'une société entre les concubins en se conformant aux règles normales de preuve des sociétés. C'est ce qu'a fait et fait encore quelquefois la jurisprudence, et une influence très nette, à cet égard, s'est fait sentir des nécessités de la preuve sur la nature des sociétés invoquées. Une distinction s'impose, au point de vue des moyens par lesquels l'existence d'une société peut être établie, entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.

La société civile est soumise aux règles ordinaires des contrats civils : la société civile est un contrat consensuel, l'écrit n'étant nécessaire que pour la preuve de la société et quand l'objet de

cette société est d'une valeur de plus de 5.000 anciens francs — article 1834 du Code civil —. Mais les tiers qui veulent se prévaloir de l'existence de la société à l'encontre des associés peuvent toujours établir son existence par tous moyens car ils ne peuvent pas se procurer d'écrit (30) — article 1348 du Code civil —. D'autre part, dans les rapports entre associés et dans les rapports des associés avec les tiers, même quand l'objet de la société dépasse 5.000 anciens francs, la preuve de la société peut être rapportée par tous moyens s'il est établi, conformément à l'article 1348 du Code civil, qu'il a été impossible de se procurer un écrit ; elle peut, en outre, être rapportée par témoignages ou présomptions s'il existe un commencement de preuve par écrit — article 1347 du Code civil —.

La société commerciale est soumise à des règles plus rigoureuses : l'article 39 du Code de commerce exige la rédaction d'un écrit, même si l'objet de la société est inférieur à 5.000 anciens francs. En outre, cet écrit est exigé, non plus seulement *ad probationem,* mais *ad solemnitatem* et la société qui n'a pas fait l'objet de la rédaction d'un écrit est nulle (31). Mais cette nullité ne peut être invoquée que par les tiers ; elle ne peut pas leur être opposée par les associés et ne peut pas non plus être invoquée dans les rapports entre les associés : les tiers dans leurs rapports avec les associés, les associés entre eux peuvent, à défaut d'écrit, administrer la preuve de l'existence de la société par les procédés admis pour les sociétés civiles dont le montant dépasse 5.000 anciens francs. Mais le Code de commerce prévoit, à côté des formes ordinaires de sociétés commerciales, l'association en participation, société occulte qui ne peut être invoquée par les tiers ou contre eux. Aux termes de l'article 50 du Code de commerce — loi du 24 juillet 1921 — l'existence de cette association peut être prouvée entre les parties conformément aux dispositions de l'article 109 du Code de commerce, c'est-à-dire par tous moyens.

(30) Req. 2 janvier 1906, D.P. 1906.1.208 ; Civ. 25 octobre 1909, D.P. 1910.1.123.

(31) A vrai dire, la rédaction d'un écrit a surtout pour but de permettre la publicité de la société et l'on discute sur le point de savoir si c'est la rédaction de l'écrit ou la publication qui est exigée *ad solemnitatem*. Cf. Hémard, op. cit., p. 168.

Il existe ainsi diverses possibilités d'établir — conformément aux règles du droit civil et du droit commercial — l'existence d'une société entre concubins.

I. — Les sociétés entre concubins envisagées comme des sociétés ordinaires.

Pour établir l'existence d'une société, deux procédés peuvent être employés :

A - La preuve par aveu, par témoins ou par présomptions et commencement de preuve par écrit.

Il est possible à l'un des concubins d'établir contre l'autre l'existence du contrat de société, à défaut d'écrit, par l'aveu obtenu au cours d'une procédure d'interrogatoire sur faits et articles, mais il sera pratiquement assez rare que l'une des parties fasse au cours de l'enquête un aveu. Il est plus facile de recourir au second procédé qui permet de suppléer au défaut d'écrit : la preuve par témoins ou présomptions avec commencement de preuve par écrit. Les témoignages sont faciles à obtenir, les présomptions résultent de la vie en commun et de la collaboration des concubins ; le commencement de preuve par écrit pourra se trouver dans des papiers divers : lettres, testament, etc., et surtout dans les réponses du concubin contre lequel la preuve est administrée, au cours de l'intergatoire sur faits et articles : il est, en effet, admis par la jurisprudence (32) que ces réponses peuvent constituer un commencement de preuve par écrit. La jurisprudence, à plusieurs reprises, a fait application de cette idée pour admettre l'existence d'une société entre concubins (33) ; ce qui rend facile par ce procédé la preuve de la société, c'est que le concubin, au cours de l'interrogatoire sur faits et articles, pourra fort bien se refuser à faire, relativement à l'existence de ce contrat, un aveu formel mais ne pourra pas contester

(32) Cf. H. Mazeaud : *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'art. 1347,* thèse Lyon, 1921, pp. 21 et s.

(33) Cf. Paris, 13 juin 1872, D.P. 1873.2.169 ; Lyon, 8 mars 1889, Le Droit, 2 avril 1889, Rev. Soc. 1889.91.

tout un ensemble de faits qui contribueront à rendre vraisemblable l'existence de la société.

Mais on rencontrera bien des hypothèses où, en fait, il sera difficile de trouver un commencement de preuve par écrit. Aussi a-t-on songé à invoquer l'article 1348 du Code civil et à admettre la possibilité de rapporter par tous les moyens la preuve de la société en prétendant qu'on n'a pas pu se procurer un écrit.

B - **La preuve par tous moyens de l'article 1348 du Code civil.**

Qu'il s'agisse d'une société civile ou commerciale, aucune difficulté ne se présente quand la preuve de la société doit être rapportée par les tiers qui peuvent invoquer l'article 1348 du Code civil et prouver la société par tous moyens. Dans les rapports entre associés, l'impossibilité morale de se procurer un écrit a également été invoquée : la Cour de Lyon, le 12 mars 1930 (34) déclare « qu'il n'est pas douteux que le sieur A... et la demoiselle J... n'ont jamais eu l'intention de subordonner l'existence (de la société existant entre eux) à la passation d'un écrit, mais qu'il est non moins certain que la demoiselle J... n'avait nulle possibilité de se procurer une preuve littérale des obligations comme des droits réciproques résultant pour l'un et pour l'autre d'une collaboration quotidienne ; que, parente du sieur A... mais sensiblement plus jeune que lui, soumise dans une certaine mesure à son ascendant, elle ne pouvait sur ce point formuler une exigence sans en appréhender les suites pour sa situation même ; qu'ainsi elle est en droit — l'article 1348 n'établissant aucune distinction entre les impossibilités matérielles et les impossibilités morales — d'invoquer l'exception admise par ledit article, et de demander à admettre par voie d'enquête l'existence de la société qu'elle allègue. »

L'espèce est évidemment un peu particulière : la concubine est parente de son amant, elle est sensiblement plus jeune que lui et reste soumise à son influence morale. Cependant, il est permis de se demander si la solution admise par la Cour de Lyon pour cette hypothèse particulière ne pourrait pas être généralisée : ne doit-on

(34) Lyon, 12 mars 1930, Rev. Soc. 1931.203.

pas considérer que, dans tous les cas, il est impossible à chacun des concubins — aussi bien à l'homme qu'à la femme — de demander à l'autre de signer un contrat de société ? Il semble bien que oui ; les raisons qui ont conduit la jurisprudence à faire jouer l'article 1348 dans des hypothèses comme celle de la convention entre le chirurgien et son client, entre maîtres et domestiques, paraissent bien se retrouver ici identiques. En dehors, bien entendu, de l'hypothèse d'un contrat de société entre concubins qui serait entièrement distinct du concubinage lui-même et ne serait pas différent du contrat qui pourrait exister entre deux personnes n'ayant entre elles que des relations d'affaires, la teneur même de ce contrat dans lequel seraient intimement mêlées des considérations d'ordre sentimental et des considérations d'ordre pécuniaire est difficile à concevoir et il paraît bien qu'un tel contrat répugne par lui-même à être constaté par écrit.

En définitive, que penser de ces différents systèmes ? Il faut observer que les procédés qui consistent à établir l'existence de la société soit par présomptions ou témoignages, en invoquant l'impossibilité de se procurer un écrit, soit par présomptions ou témoignages et commencement de preuve par écrit, peuvent bien être employés par les tiers ou entre les parties, mais ne peuvent être utilisés à l'encontre des tiers que si l'on prétend établir l'existence d'une société civile. Une société commerciale, en effet, ne peut être opposable aux tiers que si elle est constatée par écrit ; cette restriction, du reste, dans le cas des sociétés entre concubins, est sans grande portée car il est rare que les concubins aient l'occasion d'invoquer, à l'encontre des tiers, une société existant entre eux.

Si par exception le problème se pose de cette manière ou si l'on n'admet pas qu'il y a eu pour les concubins impossibilité de se procurer un écrit, la preuve de la société est alors impossible à rapporter. Il faudrait normalement en conclure que tous les actes passés au nom de la société dont la preuve n'a pas été rapportée, l'ont été en son nom propre et que l'autre concubin est absolument étranger à ces actes ; que tous les biens détenus par l'un des concubins et que l'on prétend être détenus pour le compte de la société le sont pour le propre compte du détenteur. Une telle solution serait manifestement inique : c'est là un premier inconvénient de ces divers procédés de preuve.

A supposer que la preuve de la société soit admise par les tribunaux par l'un des procédés que nous avons analysés, une autre difficulté se présente. Tous ces procédés indirects de preuve supposent théoriquement que l'on se trouve en présence d'un véritable contrat qui n'a pas été constaté par écrit mais qui n'en a pas moins été conclu. Or, quand il s'agit de concubins, cette supposition est, à la vérité, tout à fait fragile. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait eu aucun accord de volontés entre les concubins mais cet accord de volontés se présente sous un double aspect particulier : tout d'abord, il est douteux que les deux amants, en se mettant en ménage, aient entendu se lier juridiquement l'un envers l'autre ; en tout cas, leur accord est resté extrêmement vague et imprécis ou, du moins, son contenu précis est inconnu du juge ; ensuite, cet accord est tacite : aux difficultés de preuve viennent donc s'ajouter des difficultés de fond du droit.

Les volontés internes de l'amant et de sa maîtresse concordent bien sur la nécessité d'une collaboration de chacun d'eux pour l'exploitation du fonds qui fait vivre le ménage ; l'un et l'autre sont d'accord aussi sur la mise en commun des ressources de chacun, en tout ou partie, et donc nécessairement sur le partage, à un moment ou à un autre, de ce qui a été mis en commun, mais personne n'a songé qu'il était tenu d'une obligation juridique ; aucune règle précise n'a été envisagée le plus souvent et l'accord n'a pas été expressément formulé : chacun s'est tout simplement et plus ou moins fidèlement conformé à ce qui paraissait être la loi normale de la vie en commun. Que l'accord n'ait pas été expressément formulé, même oralement, cela est sans aucune importance dès lors que le contrat est néanmoins prouvé conformément aux règles légales. L'échange de volontés n'est soumis à aucune forme sacramentelle, écrite ou orale ; il suffit donc que la preuve soit régulièrement rapportée, que cet échange de volontés ait eu lieu. (Il y a, d'ailleurs, bien d'autres exemples de contrats tacites, notamment en matière de mandat.)

Ce qui est plus grave, c'est l'imprécision de l'objet même du contrat et l'absence de volonté de s'engager juridiquement des concubins. Dans de telles conditions, des obligations juridiques n'ont pas pu naître à la charge des deux parties, le contrat ne s'est pas formé ; s'il en était autrement, il faudrait admettre que l'on peut tirer de

ce contrat toutes les conséquences que normalement il devrait comporter, non seulement dans le passé mais encore dans l'avenir, et notamment celle-ci que, si l'une des parties ne l'exécute pas, l'autre peut la contraindre à accomplir les prestations promises — sous réserve de la possibilité de résiliation unilatérale puisqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. Or, comment pourrait-on déterminer la nature et les modalités de ces prestations, sur lesquelles aucun accord précis n'a été réalisé ? Comment songer à transformer en un lien de droit ce qui, dans l'intention des amants, devait rester en dehors de la vie juridique ?

II. — Les société entre concubins envisagées comme des sociétés de fait.

C'est en recourant à la notion de société de fait que les tribunaux parviennent à liquider la situation résultant du concubinage comme une situation sociétaire, malgré l'absence de preuve d'un contrat de société entre les concubins et bien que, souvent, aucun contrat n'ait même pu se former entre eux (35). Plusieurs décisions ont ainsi admis l'existence d'une société de fait entre des concubins, à propos de litiges nés soit entre les deux amants (36), soit entre les tiers et les concubins (37).

A - La société de fait invoquée par l'un des concubins contre l'autre.

Les éléments sur lesquels est fondée l'existence d'une société de fait entre des concubins ne sont pas différents de ceux sur

(35) La jurisprudence fait application des notions de société de fait ou de société créée de fait dans d'autres hypothèses que celle que nous étudions ici : les tribunaux parlent de société de fait lorsqu'il s'agit de liquider la situation née de l'activité d'une société nulle, tout au moins d'une société irrégulière, mais d'une société résultant cependant d'un contrat dont la preuve a été rapportée, et de société créée de fait quand il s'agit de liquider la situation née d'une activité sociétaire qui n'a pas à sa base un contrat exprès et précis. Cf. Hémard, op. cit., et Screpel : *Les sociétés créées de fait,* thèse Strasbourg, 1963.

(36) Quelques exemples : Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, D.P. 1924.2.9, note Savatier ; Trib. civ. Etampes, 3 janvier 1933, Gaz. Pal. 15 mars 1933, Sem. Jur. 1933.575 ; Aix, 28 décembre 1933, D.P. 1935.2.41, note Nast.

(37) Quelques exemples : Caen, 30 avril 1926, S. 1927.2.150 ; Trib. Co. Tourcoing, 2 décembre 1930, Rev. Soc. 1931.63 ; Trib. Co. Nantes, 23 mai 1932, Gaz. Pal. 1932.2.278.

lesquels on fonde la preuve d'une société, lorsque cette preuve ne résulte pas d'un contrat établissant expressément l'existence de cette société. Il suffit, pour s'en rendre compte, de comparer les motifs des décisions qui admettent que la preuve de la société a été régulièrement rapportée à l'aide de présomptions, avec ou sans commencement de preuve par écrit, et les motifs des décisions qui constatent l'existence d'une société créée de fait : « Attendu — dit la Cour de Lyon dans un arrêt du 8 mars 1889 (38) — que X... et Y... avaient confondu leurs biens en même temps que leurs existences, unissant leurs efforts, leur travail, leur industrie, pour créer et faire prospérer ensemble un commerce... » ; et la Cour voit là des présomptions graves, précises et concordantes qui, corroborées par le commencement de preuve par écrit puisé dans l'interrogatoire sur faits et articles du sieur X..., équivalent à la preuve écrite ; « Attendu — dit encore la Cour d'Aix, dans un arrêt précité du 28 novembre 1933 qui admet l'existence d'une société de fait — que pendant toute la durée de la vie commune la demoiselle X... a rendu au sieur Y..., dans l'exploitation de diverses entreprises, des services de toute nature, collaborant avec lui sur pied d'égalité... » On pourrait ainsi confronter les motifs de toutes les décisions ; ce qui ressort de cette comparaison c'est que, dans les deux cas, ce sont des faits d'activité sociétaire qui sont pris en considération par les tribunaux pour y voir des présomptions servant à prouver le contrat ou pour en déduire l'existence d'une société de fait.

Mais, quand ces faits d'activité sociétaire sont considérés comme des éléments servant à la preuve de l'existence d'une société de fait, les conséquences que la jurisprudence en tire sont strictement limitées ; pas une seule décision ne fait appel à la notion de société de fait pour contraindre l'un des associés à accomplir les agissements qu'implique la vie sociale active. Les tribunaux n'ont parlé de société de fait que pour liquider, dans les rapports entre associés ou entre les associés et les tiers, la situation engendrée par l'activité sociale de fait dans le passé : des biens ont été mis en commun, un actif social a été constitué, une liquidation de cette situation s'impose. Des contrats ont été conclus par l'un des associés de fait avec des

(38) Lyon, 8 mars 1889, Le Droit, 20 avril 1889, Rev. Soc. 1889.91.

tiers, pour le compte de la société : il faut que le tiers puisse éventuellement poursuivre l'autre associé en exécution de ce contrat.

D'autre part, il convient de remarquer que les tribunaux ne cherchent pas, quand ils admettent l'existence d'une société de fait entre concubins, à justifier leur décision par les règles légales de preuve des contrats : ils prennent en considération des faits d'activité sociétaire mais ne prennent pas soin de les corroborer par un commencement de preuve par écrit ni de préciser qu'il a été impossible à celui qui se prévaut de l'existence de la société de fait de se procurer un écrit. Ces considérations montrent dans quelle mesure le recours à la notion de société de fait dispense les tribunaux de respecter les règles légales de preuve ou leur permet de faire produire effet à une convention qui n'a pas pu engendrer d'obligations à la charge des parties parce que son objet n'a pas été déterminé avec une précision suffisante ou parce que les parties n'ont pas entendu se lier juridiquement. C'est bien à ces résultats que l'on aboutit, mais dans le domaine très limité de la liquidation de la situation née de l'activité sociétaire des concubins. On en arrive ainsi à appliquer, par cette liquidation, un contrat qui ne devrait pas produire d'effets et dont au surplus la preuve n'est pas rapportée, ou, plus exactement, les tribunaux reconnaissent à la charge des parties des obligations semblables à celles qui découleraient de ce contrat. Comment justifier cette solution ? Quel est le fondement de ces obligations ?

Ce ne peut être la seule volonté des concubins, puisqu'elle ne doit pas, dans leur intention même, les lier juridiquement, puisque son objet est insuffisamment déterminé pour qu'elle puisse produire effet, puisqu'enfin la preuve n'en est pas fournie. Faut-il donc faire totalement abstraction de cette volonté et ne considérer que le fait purement matériel d'une activité commune des deux concubins ? Non, parce qu'il est impossible, pour tirer d'un acte des conséquences juridiques, d'isoler cet acte, qui par sa nature même est un acte volontaire, du but en vue duquel il a été accompli ; c'est précisément parce que le juge sait que l'activité déployée par les amants l'a été avec une *affectio societatis,* qu'il liquide la situation comme s'il y avait eu société, conformément aux règles de la société.

Il faut donc dire que « si la volonté concordante des deux concubins a été à elle seule impuissante à faire naître à la charge

de chacun d'eux dans l'avenir des obligations que le juge puisse sanctionner, parce que leur intention était précisément de ne pas se considérer comme juridiquement liés pour l'avenir, parce que l'objet de leur accord était imprécis et inconnu du juge, le fait que cet accord a été exécuté permet cependant au juge de lui reconnaître un effet juridique dans la mesure précisément de cette exécution, parce qu'elle apporte à cet accord tous les éléments qui lui faisaient défaut pour que le juge pût auparavant en tenir compte. Les parties qui n'ont pu ni voulu se lier juridiquement pour l'avenir se lient au fur et à mesure qu'elles agissent, leur activité précise le contenu de leur engagement, transpose dans le domaine du droit ce qui était resté en dehors, porte à la connaissance du juge l'accord de volonté dont la preuve n'avait pas été rapportée » (39).

Telle est, du moins semble-t-il, l'interprétation qu'il faut donner de la jurisprudence sur les sociétés de fait, et l'on peut se demander si cette institution d'apparence purement prétorienne ne peut pas être rapprochée d'une institution prévue et réglementée par le Code. Nous voulons parler de la gestion d'affaires ; le gérant n'a reçu aucun mandat de gérer l'affaire d'autrui, mais il s'est comporté comme s'il avait effectivement reçu un mandat ; le maître de l'affaire n'a pas donné au gérant le mandat de gérer son affaire, mais, en ratifiant la gestion, il se comporte comme un mandant ; dès lors, gérant et maître sont traités comme mandataire et mandant, à peu de chose près. De même, aucun contrat de société n'a été conclu entre des personnes qui, cependant, se comportent les unes envers les autres comme des associés véritables. Dans les deux cas, la règle de droit naît du concours de deux éléments : un élément de fait, objectif, et un élément subjectif, volontaire.

B - **La société de fait invoquée par les tiers contre les concubins.**

Quand ce sont les tiers qui veulent se prévaloir de l'existence d'une société de fait entre deux concubins, il convient de remarquer que cette notion peut n'être pas tout à fait la même que lorsqu'elle intervient dans les rapports des concubins entre eux. Il faut, en effet, faire intervenir, dans les rapports des associés avec les tiers, la

(39) De Naurois, Revue critique 1937, p. 676.

notion d'apparence. Pour savoir quel est le rôle de cette notion d'apparence dans la société de fait, au point de vue des rapports des tiers avec les associés, il faut se demander si l'apparence de cette société est nécessaire, et si elle est suffisante, pour que les tiers puissent se prévaloir de la société à l'égard des associés.

L'apparence est-elle nécessaire ? C'est-à-dire : les tiers pourront-ils se prévaloir d'une société de fait qui aurait fonctionné entre les concubins sans que jamais ceux-ci aient fait figure d'associés à l'égard des tiers ? La règle normale, en matière contractuelle, est que les conventions sont sans effet à l'égard des tiers auxquels elles ne peuvent nuire ni profiter. Il n'en est pas ainsi pour le contrat de société parce que cela est indispensable à la fois pour les parties et pour les tiers : le contrat donne naissance à une institution qui a une existence objective opposable aux tiers et par eux ; mais le droit commercial a prévu un type de société, l'association en participation, qui reste occulte et que les tiers ne peuvent invoquer ; en droit civil, où le choix d'un type de société est laissé à l'autonomie de la volonté, on peut aussi constituer des sociétés occultes. Dès lors, il n'y a aucune raison de ne pas admettre — si l'on se trouve en présence d'une activité sociétaire qui n'a pas été révélée aux tiers, et si pour les tiers il n'y a pas eu apparence de société — que la société de fait est occulte et que les tiers ne peuvent s'en prévaloir. Nous avons déjà vu, d'ailleurs, que, le plus souvent, les faits à l'aide desquels est établie l'existence de la société sont des faits d'immixtion externe de chacun des associés dans la vie de la société, de telle sorte que, pratiquement, la société occulte est très rare et que, en tout cas, il est difficile d'établir son existence. Il demeure que la chose est possible et il nous semble, dès lors, que l'apparence est une condition nécessaire de l'opposabilité de la société par les tiers aux associés.

L'apparence est-elle suffisante ? C'est-à-dire : les tiers pourront-ils se prévaloir de l'existence apparente à leur yeux d'une société entre deux concubins, alors qu'en réalité ceux-ci n'ont pas eu l'intention de se conduire et ne se sont pas considérés comme des associés ? On peut supposer, par exemple, que la concubine n'a en rien participé à la gestion du fonds de commerce exploité par son amant et s'est contentée de l'aider comme l'eût fait une simple préposée mais que, cependant, à raison de l'intimité des relations

de l'homme et de la femme et de l'importance de la collaboration apportée par la maîtresse, les tiers ont cru avoir affaire à une véritable associée : on décide ordinairement que les tiers seront admis à se prévaloir vis-à-vis de la concubine de cette société apparente. On a voulu voir le fondement de cette obligation des concubins envers les tiers comme associés, lorsque les tiers ont pu les croire associés, dans les articles 1382 et 1383 du Code civil ; les concubins qui se comportent comme des associés aux yeux des tiers commettent une faute puisqu'ils induisent les tiers en erreur ; ils doivent réparer cette faute, et cette réparation consiste précisément en ce qu'à l'égard des tiers ils sont tenus en tant qu'associés (40).

Il n'est pas douteux qu'il peut y avoir une faute à créer une apparence fausse, à tromper les tiers sur une situation juridique en leur laissant croire qu'elle existe alors qu'elle n'existe pas ou inversement ; il n'est pas douteux non plus que cette faute peut éventuellement consister en une simple négligence ; enfin, on peut concevoir que la réparation de cette faute doive consister en la responsabilité de celui qui a créé l'apparence à l'égard des tiers, comme si cette apparence était fondée : celui qui s'est fait passer pour associé ou a laissé croire qu'il l'était, doit être tenu responsable à l'égard des tiers comme associé. Mais avec cette explication on ne fait produire d'effets à l'apparence que lorsque c'est contre l'auteur de l'apparence, contre celui qui a créé ou entretenu la situation apparente que ces effets doivent se produire. Or, n'y a-t-il pas des cas où l'apparence produit des effets à l'encontre d'autres personnes que celles qui ont créé cette apparence ? N'y a-t-il pas des cas où l'apparence n'est imputable à faute — même de négligence — à personne et où pourtant elle est source de droit ?

Nul ne songe à voir dans la validité des actes passés par l'héritier apparent la réparation d'une faute qui aurait été commise par l'héritier véritable en ne se faisant pas connaître tout de suite ; c'est pourtant lui, en définitive, et non pas l'héritier apparent, qui supporte les effets de l'application à cette matière de la théorie de l'apparence. De même, quand un individu se présente comme le mandataire d'un autre, les tribunaux admettent, même si le faux mandant n'est

(40) Cf. notamment : Savatier, note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922. D.P. 1924.2.9.

absolument pour rien dans la création de l'apparence, que ce dernier est cependant engagé par celui qui s'est fait passer pour son mandataire. Dans le cas de l'héritier apparent comme dans le cas du mandataire apparent, c'est par la maxime « *error communis facit jus* » (41) que l'on justifie d'ordinaire les solutions jurisprudentielles. Le problème est de savoir si l'on peut faire application de cette maxime dans le cas des concubins qui ne se considèrent pas comme associés mais que les tiers croient tels.

Il faut observer que, dans la plupart des cas où l'on applique la maxime « *error communis* », cette « erreur » provient d'une affirmation erronée de l'héritier apparent, du mandataire apparent, etc. Au contraire, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'apparence résulte non plus d'une déclaration (si l'homme déclare expressément que la concubine est en même temps son associée, il n'y a plus de difficulté car on se trouve exactement devant la même situation qu'au cas où un individu se prétendrait mandataire d'un autre) mais simplement d'une situation de fait interprétée par les tiers comme étant une situation sociétaire et l'on peut se demander si une situation de fait peut suffire à créer une « erreur commune » au même titre qu'une affirmation expresse. Cela ne semble pas impossible *a priori* : il sera seulement dans ce cas plus difficile de montrer que l'erreur a été commune et invincible mais, comme la Cour de Cassation voit dans ces caractères une question de fait, il sera toujours loisible aux tribunaux, sans encourir la censure de la Cour suprême, de déclarer que tels sont bien les caractères de l'erreur occasionnée par l'attitude des concubins.

En revanche, cette considération que l'apparence résulte d'une situation de fait sera souvent de nature à faciliter l'admissibilité de l'application de la maxime « *error communis* » ; cette situation de fait résultera, en effet, du comportement habituel des deux concubins, aussi bien de celui de la femme que de celui de l'homme et, si l'on admet que le faux mandant est responsable des actes passés par le mandataire apparent, même s'il n'a été pour rien dans la création de l'apparence, *a fortiori* peut-on accepter que la concubine soit tenue pour associée quand elle a elle-même, par son attitude, contribué

(41) Cf. H. Mazeaud, « La maxime *error communis facit jus* », Rev. trim. dr. civ. 1924.929.

à créer l'apparence de société, même si, ce faisant, elle n'a commis aucune faute ?

En conclusion, que l'existence d'une société entre concubins soit établie devant le juge par les procédés de preuve du droit commun ou au moyen de la notion de société de fait, c'est toujours à des faits d'activité sociétaire que le juge reconnaîtra qu'il y a bien eu société entre les amants. L'appréciation du juge du fond sera souveraine, et il devra faire preuve d'une perspicacité accrue en raison des fraudes fréquentes en la matière.

*
* *

CHAPITRE III

Effets des sociétés entre concubins

Les concubins invoquent l'existence d'une société afin d'arriver au partage de la masse de biens qui représente le produit de leur activité commune, masse que l'un d'eux détient généralement en son nom propre. Avant d'examiner comment ce résultat peut être obtenu, il convient de voir comment se présente le problème et quelles sont les difficultés qu'il soulève.

Section I

LES PROBLÈMES DE LIQUIDATION SOULEVÉS

Précisons tout d'abord le caractère de la société que les concubins peuvent invoquer : les sociétés étudiées ici seront généralement des sociétés de fait, c'est-à-dire des sociétés qui réunissent toutes les conditions d'existence du contrat de société mais qui présentent un vice, le plus généralement un défaut d'écrit et de publicité, et qui peuvent faire à tout moment l'objet d'une action en nullité. Tant que cette action n'est pas intervenue et jusqu'à sa dissolution, cette société qui repose sur un contrat valable, bien que présumé, produit

entre associés tous les effets d'une société normale (1). Ce contrat ne sera cependant pas invoqué par les concubins pendant la vie de la société : tant que celle-ci durera, peu de difficultés se présenteront mais, si la mésentente surgit entre les deux associés par suite de leurs rapports personnels, elle entraînera généralement leur séparation et la dissolution de la société. C'est donc au moment de cette dissolution et pour sa liquidation que les tribunaux seront saisis.

Les causes de dissolution sont théoriquement les mêmes que pour toute société ; en pratique, les plus fréquentes seront la mort de l'un des concubins et le « *mutuus dissensus* ». Faut-il en conclure que la fin de la société coïncide toujours avec la fin de l'union illicite ? Il en sera certes souvent ainsi car la mésentente sur des questions sociales entraînera généralement la mésentente sur le plan personnel alors que l'inverse ne sera pas toujours vrai, la disparition de la communauté de vie pouvant laisser subsister la communauté de travail, tant il est vrai que les questions pécuniaires peuvent l'emporter sur les questions de sentiment... On peut concevoir, en effet, que des concubins abandonnent la cohabitation et reprennent progressivement leur liberté, sans rupture abrupte, sans cesser d'exploiter ensemble un fonds de commerce qui constitue souvent leur seule ressource. Un arrêt assez récent de la Cour de Cassation (2) vient en donner un exemple : il déclare en effet que « la cessation du concubinage ne saurait mettre fin par elle-même à la société de fait existant entre les deux concubins, tant que la dissolution n'a pas été prononcée ».

Il est normal qu'il puisse en être ainsi : n'avons-nous pas posé, comme condition essentielle, pour que la société entre concubins soit licite, qu'il existe une certaine indépendance entre la cohabitation et l'exploitation, entre la communauté de vie et la communauté de travail ? Cette indépendance doit donc pouvoir se traduire dans le temps. La dissolution de la société peut aussi résulter de la faillite de l'un des associés : c'est là un cas assez fréquent car, dans de petites entreprises comme celles qui nous concernent, où il n'existe que deux associés, la faillite de l'un entraîne généralement

(1) Hémard, op. cit., n°s 355 et s.

(2) Req. 22 juillet 1947, J.C.P. 1947, Somm. p. 82.

la faillite de l'autre ; le problème de savoir si une société de fait peut être mise en faillite perd alors de son intérêt, les tiers étant aussi bien protégés lorsque les deux associés sont en faillite ; c'est pourquoi nous verrons les tiers invoquer une société entre les concubins pour déclarer la faillite de l'un commune à l'autre et éviter ainsi des fraudes fréquentes.

Il y a lieu d'étudier successivement les droits des associés les uns contre les autres et les droits des tiers créanciers sociaux à l'encontre des associés ou de leurs créanciers personnels. A ces deux points de vue, les difficultés résultent des doutes qui pèsent sur la validité des sociétés entre concubins tenant d'une part au fait du concubinage que l'on peut considérer comme constituant une cause immorale entachant de nullité la société, d'autre part, en ce qui concerne les sociétés particulières qui sont le plus souvent commerciales, au fait qu'aucun écrit n'a été dressé.

I. — La liquidation des sociétés entre concubins dans les rapports entre les associés.

Dans les rapports entre associés, la nullité de la société pour absence d'écrit ne peut pas être invoquée. Le seul problème à examiner est donc celui de l'influence que peut exercer l'immoralité du concubinage sur les règles du partage de l'actif social, qui doit normalement intervenir à la cessation de la vie commune. On ne peut contester — nous l'avons déjà dit, mais il convient de revenir sur ce point — que le fait du concubinage, s'il constitue réellement la cause juridique de la société, ne soit pas une cause immorale entraînant la nullité de la société tout entière. Il n'y a aucun doute lorsque l'un des amants est engagé par ailleurs dans les liens du mariage ; même en dehors de cette hypothèse, le concubinage n'est sans doute pas interdit par la loi, mais il doit certainement demeurer en dehors du commerce juridique. Tout d'abord, la communauté de lit ne peut pas être obtenue de l'un des amants par l'autre par une sorte de marché et c'est pourquoi la jurisprudence annule les donations entre concubins quand elles ont pour cause le commencement ou la continuation des relations. Il faut aller plus loin et dire que, même en dehors de toute idée de « marché », aucune convention ne peut lier les amants, qui aurait précisément pour cause cette

vie commune : la loi n'a voulu reconnaître comme contrat portant sur les relations de l'homme et de la femme que le mariage. Il n'est pas interdit à un homme et à une femme, célibataires l'un et l'autre, d'entretenir des rapports, mais il est immoral de leur part de réglementer juridiquement ces rapports. Tout accord de cette nature doit en conséquence demeurer sans effet.

Le problème est donc de savoir si le concubinage constitue bien la cause des sociétés entre concubins. En ce qui concerne les sociétés universelles, il semble difficile de le contester : il n'est pas possible de distinguer entre la communauté de toit et de table qui n'est qu'un moyen et la communauté de lit qui est la fin. En vérité, les sociétés universelles entre concubins ne sont que des « contrats d'union libre », contrats que le législateur n'a pas voulu reconnaître à côté du mariage. Le problème est plus délicat quand on le pose à propos des sociétés particulières. Quand deux concubins exploitent ensemble un fonds de commerce, il n'est pas douteux que l'on peut et doit distinguer cette activité commune de la communauté de lit et même de la communauté de toit et de table : elle forme un tout indépendant et qui pourrait se suffire à lui-même. Il n'en demeure pas moins vrai cependant que, dans sa finalité, la collaboration économique des amants est étroitement liée au concubinage. De plus, on doit bien reconnaître que, s'il est sans importance pour l'existence d'une société particulière que les bénéfices réalisés soient utilisés en commun par les associés au lieu d'être partagés — cette réalisation en commun suffisant pour que l'on puisse distinguer la société particulière de la société universelle —, cette utilisation en commun montre que le but poursuivi par les amants en dernière analyse est bien l'aménagement de la vie commune et que la collaboration économique n'est que le moyen de pourvoir aux besoins pécuniaires du faux ménage.

Cela suffit, semble-t-il, à entacher de nullité même les sociétés particulières entre concubins, tout au moins dans la très grande majorité des cas. Il peut se faire d'ailleurs — mais ce sera en fait bien rare — que les amants collaborent à une même exploitation commerciale sans que cela soit uniquement le moyen de pourvoir aux besoins de la vie commune ; l'antériorité de la collaboration économique par rapport au concubinage sera éventuellement l'une des preuves de cette indépendance de la société. Il est curieux

de constater que les tribunaux ont généralement passé sous silence, dans leurs décisions, cette question de la validité des sociétés entre concubins : tantôt ils ont admis, tantôt ils ont rejeté, nous l'avons vu, l'existence même de la société — particulière ou universelle — mais il semble qu'ils n'aient jamais admis d'abord l'existence d'une société entre concubins pour ensuite déclarer cette société nulle (3). Si l'on admet que ces sociétés entre concubins sont nulles pour immoralité de leur cause, quelles devraient être les conséquences de cette nullité sur la liquidation de ces sociétés, dans les rapports entre associés ? L'actif social étant, à la cessation de l'union libre, entre les mains de l'un des amants — en tout ou en partie — l'autre demande le partage de cet actif : en quoi la nullité de la société peut-elle modifier les règles du partage que le juge devrait normalement appliquer (4) ?

Il convient d'examiner d'abord le cas d'une société particulière. Pour M. Savatier (5), il n'est pas possible de séparer la société particulière qui a existé entre les concubins pour l'exploitation d'un fonds de commerce, de la société universelle que constitue la confusion des patrimoines des amants ; encore à cette dernière refuse-t-il le nom de société car elle est pour lui « à la fois imaginaire et illicite ». Une même solution doit, selon lui, s'appliquer, qu'il s'agisse de liquider les patrimoines confondus ou l'actif de la société particulière : les apports doivent être repris par chacun, les services rendus par chacun doivent être rémunérés ; il convient de partager les choses achetées en commun et, cela fait, les bénéfices appartiennent à celui du concubin au nom duquel l'entreprise était montée. Nous aurons plus loin d'occasion d'examiner cette solution en ce qui concerne les sociétés universelles ; disons tout de suite qu'elle nous paraît critiquable pour la liquidation des sociétés particulières. Nous

(3) *Contra,* Rennes, 19 décembre 1833, S. 1852.2.210, note 1 en termes assez vagues d'ailleurs.

(4) Il a été fait justice de l'objection que l'on pourrait opposer au partage et qui consisterait à soutenir que le détenteur des biens pourrait invoquer en sa faveur la maxime *nemo auditur*... La « turpitude », très souvent, serait invoquée non pour intenter l'action mais pour la repousser, la maxime jouerait donc bien plutôt contre le détenteur des biens qu'à son profit. D'autre part, la maxime n'aurait pas à jouer contre les avants-cause du concubin prédécédé. M. Savatier, note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922. D.P. 1924.2.9 ; Solus, note sous Civ. 13 juillet 1927. S. 1928.1.9.

(5) Savatier, note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922 précité. V. aussi : Jourdain, thèse Lille, 1933 ; Cassaud, thèse Dijon, 1936.

croyons, en effet, que l'on peut dissocier l'actif de la société particulière de l'actif de la société universelle et la soumettre à des règles de liquidation propres. Il faudrait, si cela était possible, remettre toutes les choses en l'état où elles seraient restées si la société n'avait pas existé. On peut bien, pour y parvenir, et l'on doit même, ordonner la reprise par chaque concubin des apports par lui faits, mais il faudrait en outre tenir pour nuls tous les actes sociaux. Or, dans la plupart des cas, on ne peut pas effectuer les restitutions et reprises qu'impliquerait normalement cette nullité des actes sociaux : on en est donc, par la force des choses, contraint de maintenir ces actes comme s'ils avaient été valablement accomplis et le problème est de savoir ce que doit devenir l'actif social, détenu par l'un des amants. En décidant que cet actif restera entre les mains de celui des concubins au nom duquel le commerce était exercé, au nom duquel les économies étaient placées, on n'atténue en rien cette nécessité inéluctable de tenir pour valables des actes qui, en réalité, sont nuls. Par hypothèse — nous raisonnons pour ce cas-là — il y a eu une activité sociale et il est impossible de considérer que des actes sociaux ont été accomplis par l'un des concubins en son nom personnel ; c'est pourtant à cela que conduit la solution proposée par M. Savatier puisqu'elle consiste à laisser l'actif social entre les mains de son détenteur ; l'effet de la nullité ne saurait être, en aucun manière, de rendre valables comme actes individuels des actes sociaux.

Ce système, d'autre part, est inéquitable. S'il a pour résultat d'infliger à l'un des amants une sanction, ce sera à l'avantage de l'autre : celui-ci n'aura à verser à son concubin qu'une rémunération forfaitaire pour les services qu'il lui aura rendus ; il se trouvera donc bénéficier gratuitement de tout l'excédent des profits de la société sur cette rémunération et, pourtant, les profits de la société sont le résultat de la collaboration des amants — chacun y ayant apporté son industrie —, il n'y a donc aucune raison valable pour qu'un seul en profite tandis que l'autre sera traité comme un salarié, Généralement, ce bénéficiaire exclusif des profits de la société sera l'homme ; ce n'est certes pas cette perspective qui sera de nature à le faire hésiter au moment de séduire une femme et de l'associer en même temps à son travail... ; puisqu'il y a eu société — et malgré la nullité de cette société — l'équité commande impérieusement que les bénéfices de la société soient partagés.

On a fait valoir, il est vrai, un argument d'équité en sens inverse : il est juste, a-t-on dit, que les créanciers du concubin titulaire de de la fortune (c'est des créanciers sociaux que l'on veut parler) soient seuls admis à la comprendre dans leur gage. Nous aurons à examiner plus loin les droits des créanciers sociaux, mais disons tout de suite qu'il suffit pour les protéger contre les créanciers personnels de chaque concubin de leur reconnaître le droit de se payer par préférence sur l'actif social. Ce moyen, discuté il est vrai, est beaucoup plus efficace que celui que l'on préconise et qui revient à traiter les créanciers sociaux comme des créanciers personnels du concubin au nom duquel se trouvent les biens : ce procédé ne les protège en effet que contre les créanciers personnels de l'autre concubin.

Si l'on ne veut pas laisser l'actif social entre les mains du concubin au nom duquel les économies ont été placées et le commerce exploité, il faut admettre l'autre à en demander le partage. C'est ce que fait la jurisprudence toutes les fois qu'elle reconnaît l'existence d'une société entre les concubins, c'est ce qu'elle fait encore lorsqu'elle liquide les sociétés entre époux, c'est ce qu'elle fait, d'une manière générale, quand se pose le problème de la liquidation entre ces associés d'une société nulle. Les tribunaux, dans toutes ces hypothèses, justifient leur solution en disant que la société nulle est une société de fait. Avec ce système, on aboutit évidemment à ce paradoxe que la société est reconnue nulle et que, cependant, tout se passe ou presque comme si dans le passé elle avait valablement fonctionné.

Cette contradiction nous paraît pouvoir être résolue : le problème est de savoir si, malgré la nullité de la société, le concubin détenteur des biens peut encore être tenu de l'obligation de partager ces biens et si l'autre concubin a encore le droit d'exiger ce partage. Or, cette obligation et ce droit ne peuvent pas disparaître car leur cause réside dans les prestations réciproques qui ont été effectuées au cours de la vie sociétaire et qu'il est, par hypothèse, impossible d'anéantir. Comme ces prestations ont été effectuées, comme cette activité sociétaire a été déployée en vertu du pacte social, c'est bien encore en vertu de ce pacte et parce qu'ils sont associés que les concubins ont l'un — le détenteur des biens — l'obligation de partager ces biens, l'autre le droit d'exiger ce par-

tage. Il n'est en somme pas question de dire que la société a valablement fonctionné dans le passé mais simplement que le fait matériel qu'elle ait fonctionné laisse subsister certaines obligations et certains droits entre les parties. C'est ce résultat que l'on traduit quand on dit que la nullité n'a pas d'effet rétroactif.

Cette formule est d'ordinaire employée à propos des contrats successifs. Il est exact que, généralement, dans les contrats successifs, il est impossible d'anéantir les prestations qui ont été effectuées et que, pour cette raison, des droits et obligations subsistent entre les parties mais cela paraît tenir en vérité davantage au caractère complexe des prestations qu'à leur caractère successif, ou mieux encore au fait qu'il est impossible de les anéantir une fois qu'elles ont été effectuées. Il est sans doute possible de concevoir des contrats à prestations successives pour lesquels une annulation aura un effet rétroactif : il suffira que la répétition des prestations déjà effectuées soit possible mais il reste, et c'est ce qu'il importe de souligner ici, que lorsque dans un contrat déclaré nul et qui a déjà été partiellement exécuté, la répétition des prestations déjà effectuées est impossible, l'exécution des prestations correspondantes peut être exigée malgré la nullité du contrat parce que l'obligation de les fournir a encore une cause juridique. Dans cette mesure, la nullité du contrat n'opère pas rétroactivement ; il est souvent fait application de cette idée à propos des contrats successifs ; la notion de société de fait n'en est, elle aussi, qu'une application.

Ainsi, grâce à cette notion de société de fait, il est possible de liquider la situation patrimoniale engendrée par le concubinage, lorsque l'on établit qu'une société a existé entre les concubins malgré la nullité de cette société : une fois repris les apports de chacun, dans la mesure où cette reprise est possible, on procède au partage de l'actif. Il est facile de déterminer comment devra se faire ce partage : par hypothèse, il n'y a pas de pacte social : y en eût-il un, il serait douteux que l'on puisse l'appliquer, à raison de la nullité de la société (6) ; la solution la plus équitable est de partager par moitié, c'est aussi celle que commande l'article 1853

(6) Cf. Solus, note sous Cass. Civ. 13 juillet 1927, S. 1928.1.9.

du Code civil qui fixe les modalités du partage lorsqu'il n'y a pas de dispositions à cet égard dans le pacte social. Le partage doit, aux termes de cet article, se faire proportionnellement aux apports ; les apports en industrie sont traités comme le plus petit des apports en nature ; or, dans la plupart des cas, les apports en nature seront égaux ou bien on ne pourra pas les évaluer. Il ne peut guère y avoir d'exception que pour l'apport du fonds lui-même ; l'apporteur en industrie devant être traité comme l'associé qui a fait le plus petit des apports en nature, celui qui n'a rien apporté sera traité comme celui qui a apporté le fonds. De toute manière, c'est par moitié que l'on partagera mais le fonds sera prélevé par celui qui l'aura apporté. Il est intéressant de constater que, dans la mesure où les ressources provenant de l'exploitation du fonds de commerce sont les seules du faux ménage, ce système de partage par moitié avec reprise des apports consacre un régime tout à fait analogue à celui de la communauté réduite aux acquêts entre les époux.

Le problème paraît devoir être résolu différemment lorsqu'il s'agit d'une société universelle, que cette société ait existé seule ou superposée à une société particulière. La jurisprudence, dans les espèces où elle a admis l'existence d'une société universelle entre les concubins — expressément ou non —, a ordonné le partage par moitié (7) sans qu'il soit question pour chacun de reprendre ses apports. Ce système a soulevé de nombreuses critiques. On a fait valoir qu'il conduisait à avantager l'un des concubins par rapport à l'autre dans tous les cas — et ils sont nombreux — où les apports de chacun des amants, apports en nature et apports en industrie, ne sont pas égaux. La jurisprudence arrive en somme à consacrer entre les amants, en ordonnant le partage de l'actif social malgré la nullité de la société, un régime communautaire plus étroit encore que la communauté légale des biens entre les époux puisqu'il s'agit d'une communauté universelle (8).

(7) Paris, 13 juin 1872, D.P. 1873.2.169 ; Lyon, 8 mars 1889, Rev. Soc. 1889.91 ; Trib. civ. Seine, 3 mai 1922 précité, note Savatier ; Trib. civ. Etampes, 3 janvier 1933, Sem. Jur. 1933.575 ; Trib. civ. Seine, 26 avril 1934, D.P. 1935.2.43.

(8) En fait, il faut l'observer, dans la plupart des hypothèses, il n'y a pas d'immeubles dans l'actif commun et, d'autre part, certaines décisions ont admis la reprise des souvenirs de famille, en sorte que l'on est en réalité plus près de la communauté légale que d'une communauté universelle.

Ce procédé est particulièrement choquant lorsque le partage par moitié se fait au préjudice des héritiers de l'un des concubins qui se trouvent ainsi lésés d'une partie de la succession de leur auteur qui aurait normalement dû leur échoir. On pourrait d'ailleurs se demander si les apports à une société universelle ne sont pas des actes à titre gratuit, comme le Code civil lui-même paraît l'admettre dans l'article 1840, et si, par conséquent, ils ne pourraient pas être soumis à réduction lorsque l'apporteur a des héritiers réservataires. Mais cette réduction soulèverait de grandes difficultés — que nous n'avons pas à envisager ici — tenant à ce que, si les apports sont des actes à titre gratuit, ce ne sont pas cependant des donations au sens strict du terme.

C'est pour ne pas tomber dans cet écueil et consacrer un régime de communauté entre les concubins que certains auteurs ont proposé de refuser à l'amant non détenteur des biens le droit de demander le partage de l'actif de la société. Pour M. Savatier (9), chacun doit reprendre les biens qu'il a apportés, chacun a droit à une rémunération pour les services qu'il a rendus ; les biens achetés en commun seront partagés mais, sous ces réserves, les économies doivent rester à celui au nom duquel elles ont été placées, les bénéfices doivent rester à celui au nom duquel ils ont été réalisés. C'est la même solution qui est préconisée, qu'il s'agisse de société particulière ou de société universelle, ou, plus exactement — nous l'avons vu — il n'y a pas à distinguer entre ces deux sortes de sociétés entre concubins.

D'une certaine manière, cette solution peut être dans certains cas plus équitable que celle de la jurisprudence. Lorsque les reprises de chacun ont été effectuées, lorsque chacun a reçu la rémunération de son travail, lorsque les biens achetés en commun ont été partagés, une part importante de l'actif social se trouve liquidée équitablement. Mais il peut y avoir un excédent : n'est-il pas alors arbitraire de l'attribuer exclusivement à celui qui en est détenteur ? Par hypothèse, il y a eu une société universelle entre les amants ; c'est donc pour le compte de la société que l'un des amants détient ces biens (c'est le plus souvent l'homme) et non pour son compte personnel.

(9) Note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922 précitée.

Il n'y aurait donc de raison de laisser à l'homme tous ces biens que s'ils constituaient, bien que détenus pour le compte de la société, le fruit de son activité propre ; sinon, il s'enrichirait sans cause au détriment de sa maîtresse et si, dans certaines hypothèses, ces biens représentent effectivement les bénéfices de l'exploitation propre de l'homme, dans bien des cas ils représentent aussi les économies réalisées par la femme dans la gestion du ménage, peut-être les intérêts des sommes par elle confiées à son amant, les profits procurés par l'usage des choses qu'elle a apportées. Il n'y a pas de raison pour que la femme ne reçoive pas sa part de tous ces profits qui sont dus à elle ; il n'y a pas de raison, en somme, pour qu'elle reçoive dans l'actif social une part forfaitaire tandis que seul l'homme aura des profits illimités, puisqu'elle a contribué au même titre que lui à constituer cet actif. Comme lorsqu'il s'agit d'une société particulière, on en arriverait par ce procédé à ce résultat paradoxal que le concubinage serait une source d'enrichissement pour l'homme, par crainte qu'il ne le soit pour la femme.

La solution la plus juste serait évidemment que chacun prenne une part de l'actif, rigoureusement proportionnelle à ce qu'il a apporté lui-même soit par son activité, soit par les biens dont l'usage a été commun. En droit, cette solution est conforme à la règle posée par l'article 1853 du Code civil d'après lequel, lorsque le pacte social n'a pas déterminé les parts de chaque associé dans le partage, cette part doit être proportionnelle à ce qu'il a apporté, à la condition que l'on considère comme des apports à la fois les biens que chacun a apportés et les fruits des activités distinctes des deux amants. En vérité, dans l'actif d'une société universelle, tout est apport en un certain sens puisque ce qui a été mis en commun c'est la jouissance et la propriété des biens apportés, soit directement, soit sous forme d'activités distinctes, et non une collaboration à une entreprise économique unique. La reprise de ces apports ainsi entendus épuise complètement l'actif ; par ce procédé, on parvient à faire produire effet à la nullité de la société en ne partageant pas nécessairement par moitié l'actif social et en même temps l'équité reçoit pleine satisfaction car aucun des amants ne s'enrichit au détriment de l'autre. C'est en somme à cette solution que

s'est ralliée la Cour de Rennes, dans un arrêt fort ancien (10), en décidant qu'il incombait au juge d'arbitrer dans chaque cas la part revenant à chacun des concubins dans l'actif social et en estimant, dans l'espèce, au quart de l'inventaire, eu égard aux fortunes respectives des amants, la part que la concubine était fondée à réclamer.

Mais il faut bien reconnaître qu'en pratique ce système est fort difficile à mettre en œuvre : il est très délicat pour le juge d'apprécier la valeur des apports en nature et en industrie de chacun des amants. Il est vraisemblable que les juges continueront à ordonner le partage par moitié de l'actif social, quand il leur paraîtra que chacun des amants a contribué à la constitution de cet actif — même si la contribution de chacun n'est pas égale à celle de l'autre — et à déclarer tout simplement qu'il n'y a pas eu société lorsqu'il leur semblera qu'un seul des amants a en réalité contribué, pour la plus large part, à constituer cet actif. Ainsi la contrariété apparente des décisions, les unes admettant, les autres repoussant l'existence d'une société universelle, trouve peut-être là son explication et sa justification pratiques.

Mais si l'on conçoit que les tribunaux hésitent à se livrer à une appréciation forcément un peu arbitraire et préfèrent choisir entre deux solutions extrêmes, ou bien le partage par moitié, ou bien le refus complet du partage, on ne voit pas bien pourquoi, en cas de partage, ils n'ordonneraient pas la reprise par chacun de ses apports en nature ou en espèces ; ils s'approcheraient ainsi davantage de la solution la plus équitable.

Une différence peut ainsi apparaître, dans leur liquidation, entre les société universelles et les société particulières entre concubins. Dans le cas des sociétés particulières, il nous a paru que le partage de l'actif devrait normalement se faire par parts égales tandis que, pour les sociétés universelles, ce partage par moitié nous a semblé devoir être souvent inéquitable. Cette différence tient à cette considération que la collaboration des amants à une même entreprise économique en qualité d'associés est le plus souvent égalitaire, tandis que la contribution de chacun aux charges du ménage par

(10) Rennes, 19 décembre 1833, S. 1852.2.210, note 1.

des apports en nature ou en espèces, par des activités distinctes, peut très bien différer beaucoup de celle de l'autre.

II. — La liquidation des sociétés entre concubins dans les rapports des associés avec les tiers.

Dans les rapports des associés avec les tiers, une cause nouvelle de nullité peut intervenir, dans certains cas, à côté de l'immoralité du concubinage ; la société particulière qui a existé entre deux concubins pour l'exploitation d'un fonds de commerce est une société commerciale soumise comme telle à la rédaction d'un écrit et à certaines mesures de publicité : aucun écrit n'ayant été dressé, aucune des formalités de publicité n'ayant été accomplie, cette société est, le plus souvent, irrégulière. Mais, en pratique, ces deux causes de nullité semblent devoir rester sans importance et n'ont, à notre connaissance, donné lieu à aucune décision judiciaire dans les rapports des concubins avec les tiers.

Les concubins, tout d'abord, ne peuvent pas se prévaloir de l'irrégularité de la société particulière à l'encontre des tiers et, d'autre part, la maxime « *nemo auditur...* » s'opposerait sans nul doute à ce que les amants puissent se prévaloir à l'encontre des tiers de la nullité de la société ayant existé entre eux pour immoralité du concubinage. D'autre part, pour que les tiers puissent se prévaloir envers les associés de l'une des deux causes de nullité, il faudrait que ceux-ci se présentent à eux, explicitement, comme associés, qu'ils fassent état, les premiers, de l'existence d'une société. Or, nous avons déjà précisé qu'en pratique les amants n'invoqueraient pas la société contre les tiers, faute d'y trouver un intérêt. On ne conçoit pas, dès lors, que les tiers invoquent contre l'un des amants l'existence d'une société et, puissent par là, faire annuler leur propre engagement ; il est même douteux que cela soit juridiquement possible : les tiers peuvent bien invoquer la société pour poursuivre chacun des associés en exécution des engagements pris par l'un d'eux, mais on peut se demander si cela est possible quand ils le font pour faire annuler leur propre engagement en arguant de la nullité de la société. Les tiers pourront donc se présenter comme créanciers des deux amants associés, ils resteront débiteurs de celui seul avec lequel ils auront traité.

N'est-il pas enfin tout à fait normal de maintenir dans le passé, à l'égard des tiers, des actes qui sont en eux-mêmes parfaitement valables ? La cause du contrat de société, entre concubins, est immorale, mais son objet ne l'est en aucune manière ; l'exploitation d'un fonds de commerce, les dépenses et les économies journalières, qu'elles soient faites individuellement ou en société, n'ont rien en elles-mêmes que de très licite ; ce que la loi prohibe, c'est l'aménagement de l'union libre. Or, c'est une considération qui peut intervenir dans les rapports entre amants mais qui ne concerne pas les tiers. C'est seulement dans les rapports des créanciers sociaux avec les créanciers personnels des amants, au cas de société particulière (s'il s'agit d'une société universelle, tous les créanciers ou presque sont créanciers sociaux) qu'une difficulté peut s'élever sur le point de savoir si les premiers ont le droit de se payer sur l'actif social par préférence aux seconds.

Nous ne pensons pas que la jurisprudence ait jamais eu à se prononcer sur cette difficulté à propos de sociétés entre concubins mais, d'une manière générale, elle impose aux créanciers sociaux le concours des créanciers personnels quand il s'agit de liquider une société de fait — société nulle ou irrégulièrement constituée —. Il ne faut pas oublier, en effet, que la société de fait ne saurait avoir de personnalité morale et que le droit de préférence des créanciers sociaux n'est qu'une conséquence de la personnalité morale ; seuls subsisteraient, quand la société est irrégulière, le contrat, et, quand elle est nulle pour cause ou objet illicite, une « indivision », une « communauté d'intérêts » ; dans les deux cas, il n'y aurait pas de véritable patrimoine social distinct des patrimoines individuels de chacun des associés. L'objection à laquelle se heurte ce système est qu'il est alors difficile d'expliquer comment l'effet des actes de la société peut se produire sur la tête des associés non gérants et même de justifier le maintien de la validité des actes de la société ; il faut nécessairement avoir recours à l'idée de personnalité morale : il y a eu personne morale de fait, puisqu'il y a eu société de fait. Dès lors, il nous semble logique de tirer de cette notion de personnalité morale de fait les conséquences que normalement elle doit comporter et, notamment, le droit pour les créanciers sociaux de se payer sur l'actif social par préférence aux créanciers personnels. Cette solution paraît équitable car les créanciers sociaux ont légitimement pu compter sur ce gage lorsqu'ils ont traité avec

la société. Sans doute, les créanciers personnels sont, eux aussi, des tiers par rapport à la société, mais il n'y a pas de raison pour que la nullité ou l'irrégularité de la société leur donne une situation plus favorable que celle qu'ils auraient eue si la société avait été régulière et licite.

Il n'est pas douteux que l'existence de cette société, généralement créée de fait — donc irrégulière —, importe beaucoup aux tiers qui sont en relation d'affaires avec les concubins. Pour reprendre les termes de Hémard : « ...ils trouveront à prouver qu'on est en présence d'une société créée de fait... l'avantage de pouvoir poursuivre tous les associés de fait comme responsables et, si la société est commerciale, de les poursuivre solidairement pour toutes les dettes sociales, c'est-à-dire les dettes contractées dans un intérêt commun par leurs co-associés » (11). Or, à l'égard des tiers, la société ne se présente pas de la même manière qu'entre concubins : si la société entre concubins est irrégulière et ne vaut que pour le passé, il n'en sera pas de même pour les tiers qui ont souvent eu devant eux une société apparemment régulière ; les conditions dans lesquelles ils pourront l'invoquer seront donc différentes.

Le contrat de société, à la différence d'autres contrats, a une existence opposable aux tiers ; ceux-ci en revanche, peuvent l'invoquer à leur profit. Une société normale se révèle aux tiers, non seulement par une structure assez nettement définie, mais encore par des signes extérieurs — nom, indication de siège social, etc. — et, pour les sociétés commerciales, par une publicité légalement organisée. Or, la situation est toute différente en matière de société de fait, née spontanément « d'une série coordonnée de faits d'exploitation en commun ne pouvant s'expliquer que par l'existence d'une société » : par exemple, un fonds de commerce, inscrit au nom du concubin dont la concubine assume en partie la direction en surveillant les employés et en payant les notes des fournisseurs. Suffit-il alors qu'il y ait simplement une exploitation à forme sociale ou doit-on exiger, pour que le tiers puisse l'invoquer, que les trois conditions déjà relevées du contrat de société existent réellement ? (Il faut mettre de côté le cas de l'association en participation, occulte par nature, que nous retrouverons.) Une société se révèle norma-

(11) Hémard, op. cit., p. 201.

lement aux tiers, et ceux-ci peuvent invoquer le lien social pour mettre en cause les associés avec lesquels ils n'ont pas traité, mais peuvent-ils le faire lorsque, malgré l'apparence présentée, les conditions d'existence du contrat de société font défaut entre les parties ?

Oui, peut-on répondre en se fondant sur la faute des concubins qui se comportent comme des associés : la réparation normale de cette faute consiste à traiter les concubins comme des associés. En effet, s'il est difficile de trouver fautive l'attitude du concubin qui s'abstient de prévenir les commerçants que celle qui se fait passer pour son épouse légitime n'est que sa concubine ou qu'il a rompu avec elle, il n'en va pas de même lorsque les concubins ont agi de concert, de façon positive. Sans doute, n'ont-ils pas voulu tromper les tiers, mais leurs actes ont engagé leur crédit respectif, ce qui, en matière commerciale, a une importance primordiale. L'apparence de société comporte, en effet, avant tout, une collaboration sur un pied d'égalité, la concubine ayant le même pouvoir de direction que le concubin ; aussi le tiers qui traite indifféremment avec l'un ou avec l'autre est-il en droit de croire que, quel que soit celui avec lequel il a directement traité, les deux sont engagés (12).

La question ne présente d'ailleurs pas une importance pratique considérable car, comme le remarque la Cour de Lyon dans un arrêt du 21 mai 1937 (13), « ...Il paraît difficile de concevoir une société de fait ayant une existence vis-à-vis des tiers sans qu'elle corresponde à une réalité dans les rapports des prétendus associés ». Il est d'ailleurs normal qu'il en soit ainsi : nous avons vu que la société de fait résulte d'un ensemble de circonstances extérieures d'où le juge peut déduire que les conditions du contrat de société sont remplies ; or, les faits qui servent de base à l'appréciation du juge sont précisément ceux qui sont révélés aux tiers et notamment la position respective des concubins dans l'exploitation ; d'où cette correspondance entre le réel et l'apparent.

(12) Cf. notamment les circonstances d'espèce du jugement du Trib. de Comm. Nantes, du 23 mai 1932, G.P. 1932.2.278.

(13) Mon. Jur. Lyon 1er mars 1938 : il s'agissait d'une société de fait entre une mère, sa fille et son gendre.

La recherche du juge est cependant rendue plus difficile par les allégations des concubins qui, attaqués par un créancier, prétendent qu'il n'y a pas de société, afin de soustraire l'un de leurs patrimoines à toute poursuite. Il semble cependant que la jurisprudence ne se soit pas laissée tromper et ait exactement apprécié les circonstances de fait qui lui permettaient de reconnaître le lien social (14). Mieux que lorsque la société est invoquée entre concubins, elle a su faire la discrimination entre la communauté de vie et la communauté de travail dont nous avons précédemment posé le principe ; ainsi, un arrêt de la Cour de Douai, en date du 23 juillet 1931 (15), estime que le seul fait de la cohabitation ne donne pas la qualité de commerçante à la concubine. En revanche, les tribunaux se réfèreront à la position respective des concubins qui « se comportent comme des associés » (16), « qui prennent part chacun à la gestion » (17), qui « travaillent en commun sans appointements » (18), au « rôle actif » de la concubine, « véritable directrice reconnue comme telle par les tiers », sans se laisser tromper par l'associé qui prend soin de toujours se qualifier « sans profession » (19).

Un certain nombre de décisions s'appuient cependant sur un argument dont la valeur peut être discutée : la concubine, dit-on, a la possession d'état de femme mariée (20). Or, si cette possession d'état n'est pas un obstacle, elle ne peut pas revêtir aux yeux des tiers l'apparence d'une société : tous les époux ne sont pas associés pour l'exploitation d'un fonds de commerce ! Ainsi, à elle seule, la possession d'état de femme mariée ne suffit pas à permettre aux tiers d'invoquer les règles de la société à l'encontre des concubins ; il faut que celle que l'on considérait comme une femme mariée ait en plus la qualité apparente d'associée, ce qui, aux yeux des tiers, revient à dire que ses agissements laissaient croire que tous les

(14) Cf. notamment Caen, 30 avril 1926, S. 27.2.150 et Trib. de Comm. St-Etienne, 24 novembre 1932, Gaz. Pal. 1932 1932.2.321 en sous-note.

(15) La Loi, 9 décembre 1931.

(16) Trib. de Comm. St-Etienne précité.

(17) Caen, 30 avril 1926, précité.

(18) Trib. de Comm. Tourcoing, 2 décembre 1930, Civ. Soc. 31.63.

(19) Orléans, 3 juillet 1908, Gaz. Pal. 1908.2.518.

(20) Grenoble, 1er décembre 1934, La Loi du 15 mars 1935 ; Trib. Com. Nantes, 23 mai 1932, Gaz. Pal. 1932.2.278 ; Paris, 31 août 1854, Journ. Trib. Com. 1855.24.

actes contractés par l'un ou l'autre des prétendus époux étaient garantis par leurs patrimoines respectifs et que l'obligation qui engageait l'un, engageait l'autre.

Aucune difficulté de preuve ne peut s'élever à leur égard, l'article 1341 du Code civil ne s'appliquant pas aux tiers, selon une jurisprudence constante ; aussi peuvent-ils employer tous les moyens de preuve (21), que la société soit civile ou commerciale, et la jurisprudence n'a pas, sur ce point, réservé un sort spécial aux sociétés entre concubins invoquées par les tiers. La société sera reconnue sous la forme qu'elle a revêtue aux yeux des tiers : presque toujours, il s'agira d'une société en nom collectif, société « de droit commun » ; toute autre forme de société se conçoit assez mal pour une société qui naît spontanément, et la recherche d'une forme spéciale ne pourrait guère dénoter chez les concubins qu'une intention frauduleuse (22). Il est cependant curieux de constater que deux décisions ont, à notre connaissance, qualifié d'association en participation la société entre concubins invoquée par les tiers. Nous avons vu à quel abus avait conduit cette qualification dans les rapports entre concubins : afin de tourner les difficultés de preuve qui empêchaient une reconnaissance aisée de la société entre concubins, les tribunaux avaient parfois cherché à user du régime spécial de preuve édicté par ce type de société ; mais, à l'égard des tiers, ces difficultés n'existent pas.

Comment un tiers peut-il donc invoquer une association en participation ? Nous savons que cette société est essentiellement occulte (article 49 du Code de Commerce) et que le tiers ne connaît que celui avec lequel il a traité ; aussi ne possède-t-il aucune action directe contre l'autre associé ; il peut seulement, par le jeu de l'obligation oblique, se servir de l'action existant au profit de son co-contractant à l'encontre de l'autre associé. Il semble donc, à première vue, que l'association en participation n'offre guère d'intérêt pour le tiers (23) ; il existe pourtant une exception à ce principe :

(21) Hémard, op. cit., n°ˢ 137, 139 et 169.

(22) Cf. notamment : Paris 14 février 1946, J.C.P. 46.11.3036 où une société par actions à caractère purement fictif dissimulait une donation déguisée.

(23) Hémard, op. cit., n° 162.

(24) Gaz. Pal. 1908.2.518.

le cas d'immixtion ou de ratification ; en effet, lorsque l'associé occulte s'est immiscé dans la gestion de l'autre associé ou lorsqu'il a ratifié ouvertement un de ses actes, il est engagé vis-à-vis du tiers qui a pu constater sa conduite. Or, si nous examinons les décisions qui ont qualifié d'association en participation les sociétés invoquées par les tiers, nous voyons qu'il en va tout autrement...

L'arrêt de la Cour d'Orléans du 3 juillet 1908 (24) constate que « la prétendue associée en participation... tenait la caisse, réglait les comptes, traitait avec les fournisseurs, donnait des ordres... », en un mot, participait à une œuvre commune avec son amant, au seul nom duquel se trouvait l'entreprise — en l'espèce un cirque. Il ne s'agit pas là d'une simple immixtion — celle-ci constitue, en effet, un fait isolé à l'égard d'un seul tiers qui peut s'en prévaloir —, mais bien plutôt d'une immixtion permanente à l'égard de tous ; une telle immixtion n'est autre que la condition apparente de toute société en nom collectif, la collaboration sur un pied d'égalité.

De même, le jugement du Tribunal de Commerce de Tourcoing du 2 décembre 1930 (25) constate qu'il existait une affaire commerciale gérée et exploitée concurremment par les deux concubins, aux yeux de tous, et la qualifie de... « véritable association en participation » !

Si l'on pousse plus loin l'analyse, on peut poser le principe suivant : il ne peut, au regard du tiers, exister d'association en participation de fait. Nous avons vu que, entre concubins, l'association en participation de fait peut exister mais qu'elle est rare, en raison précisément de son caractère occulte ; au regard des tiers, ce caractère occulte empêche précisément qu'elle existe : lorsque l'associé caché se révèle à un tiers lors d'une négociation, on peut dire que ce n'est pas le lien social qui l'engage, mais bien son attitude, de même lorsqu'il ratifie cet acte.

Comme le précise M. Bastian (26), pour qu'il y ait société en participation de fait, il faut qu'il y ait une apparence de société

(25) Rev. Soc. 1931.63 ; jugement réformé d'ailleurs par un arrêt de la Cour de Douai du 23 juillet 1931 — La Loi, 9 décembre — au motif que les faits retenus ne justifiaient pas l'existence d'une société.

(26) Notes sous Lyon, 14 octobre 1946, J.C.P. 47.II.3858 et sous Req. 25 novembre 1946, J.C.P. 47.II.3532.

entre les associés et aucune apparence de société vis-à-vis des tiers ; ainsi la société, apparente ou réelle, que peut invoquer le tiers, ne peut être une association en participation ; le juge du fait a d'ailleurs le pouvoir souverain de rétablir la qualification exacte de la société (27).

La société entre concubins, irrégulière pour défaut d'écrit, peut être l'objet d'une action en nullité de la part des tiers, mais ceux-ci préfèrent cependant en invoquer les effets à leur profit car ils ont intérêt, pendant la durée de la société, à prouver le lien social lorsque, se trouvant créanciers de dettes ayant trait à la société — fourniture de marchandises, loyer du fonds de commerce, etc. — le concubin avec lequel ils ont traité se dérobe ou se révèle insolvable. En effet, dans les sociétés de personnes, régulières ou non (28), les associés sont tenus aux dettes sociales, même lorsqu'elles ont été contractées par un seul ; en faisant reconnaître une société par les juges, le tiers peut astreindre le concubin qui détient le patrimoine social et qui, souvent, n'est pas celui au nom duquel est le fonds de commerce ; peu importe, s'il s'est comporté comme un associé ; il est tout de même engagé car, à son activité dans la société, doit correspondre une part équivalente de responsabilité.

Section II

LES SOLUTIONS PROPOSÉES

La reconnaissance de la société de fait a pour but sa liquidation, c'est-à-dire le partage des bénéfices entre les associés ou leurs héritiers après réalisation de l'actif et extinction du passif. A ce propos, la théorie des sociétés de fait présente encore bien des incertitudes : c'est ainsi qui doctrine et jurisprudence sont divisées sur le point de savoir si de telles sociétés possèdent la personnalité morale ; de même, le désaccord règne lorsqu'il s'agit de

(27) Req. 31 juillet 1893, D.P. 94.1.261.
(28) Civ. 24 juin 1931, Gaz. Pal. 1931.2.467.

déterminer la base de la liquidation. A ces difficultés juridiques viennent s'ajouter des difficultés pratiques résultant de la concomitance de la cohabitation et de l'exploitation commune : les patrimoines des concubins sont mélangés, les comptes d'exploitation sont souvent insuffisants ; une telle situation peut avoir duré de nombreuses années, ce qui ajoute encore à l'enchevêtrement des biens. Comment, dès lors, séparer de cette masse ce qui doit constituer l'actif social ?

Aucune solution d'ensemble n'a été donnée à ces problèmes par les tribunaux. Si l'on examine, en effet, leurs décisions, on s'aperçoit qu'elles aboutissent toujours à un même résultat : le partage par moitié de l'actif social ; un seul arrêt — très ancien (29) et assez obscur — en décide autrement. Il semble que les juges, souvent attirés par l'analogie du droit matrimonial, en soient arrivés à considérer implicitement la société entre concubins comme une espèce de communauté d'acquêts. Même la jurisprudence la plus récente, dans laquelle nous avons remarqué une tendance à se montrer plus strict dans l'application des principes de droit commun à l'union libre, ne semble pas avoir poursuivi son effort de redressement dans le domaine de la liquidation. Aussi nous faudra-t-il, au début de l'étude des problèmes principaux qui se posent — base de liquidation, composition de la masse active et procédés techniques de liquidation —, rechercher la position actuelle de la jurisprudence sur des questions analogues, lorsque le fait de cohabitation n'intervient pas.

I. — La base de la liquidation des sociétés entre concubins.

Une société régulière se liquide normalement selon les dispositions prévues par le contrat qui l'a créée : ici comme ailleurs, la volonté des associés fait loi ; lorsque le contrat est muet sur ce point, on appliquera les dispositions interprétatives de l'article 1853 du Code civil, selon lesquelles le partage des bénéfices se fait en proportion des apports. Il semblerait normal d'appliquer les mêmes règles aux sociétés irrégulières puisque, dans le passé, elles sont valables ; c'est ce qu'ont soutenu certains auteurs, et notamment

(29) Rennes, 19 décembre 1833, S. 1852.2.209, note 1.

Hémard (30), mais les tribunaux ont été réticents. Après avoir hésité entre plusieurs systèmes, il semble cependant qu'ils aient tendance à procéder ainsi (31) ; ils décident donc, pour les sociétés de fait, qu'il convient de rechercher l'intention des parties, soit dans des conventions particulières, soit dans des accords verbaux. Si cela est impossible, il faudra avoir recours à l'article 1853, c'est-à-dire au partage entre les associés en fonction du montant de leurs apports.

Une difficulté s'élève cependant du fait que les tribunaux, malgré une partie de la doctrine, refusent d'attribuer la personnalité morale, ou même une simple autonomie patrimoniale, aux sociétés de fait. Dès lors, « les associés se trouvent nécessairement soumis, quant à l'exercice de leurs droits, sur le fonds social, au régime de l'indivision » (32) ; il s'agit là, certes, d'une indivision d'un caractère très spécial, n'étant pas un état passif ; la principale conséquence de cette absence de personnalité morale devrait être la reprise par les associés de leurs apports respectifs puisqu'ils n'ont pas cessé d'en être les propriétaires. Ainsi, la reprise des apports et le partage de la masse sociale, selon l'intention des parties ou, à son défaut, selon les termes de l'article 1853, caractérisent la liquidation des sociétés irrégulières.

Faut-il en décider de même lorsque les associés sont liés par des relations illicites ? La jurisprudence ne fournit pas de réponse précise ; une fois la société reconnue, ou bien les juges nomment un liquidateur — et il ne semble pas que les opérations de ce dernier aient fait l'objet de litiges — ou bien, toujours attirés par l'analogie avec le régime de communauté légale, ils déclarent simplement que la succession du concubin prédécédé sera partagée par moitié (33), sans plus s'expliquer sur les raisons de cette solution ; on ne peut guère relever qu'une seule décision assez récente,

(30) J. Hémard, op. cit., n° 525 et s. Houpin et Bosvieux n° 142 ; Solus, Rev. Soc. 1922, p. 261 et s.

(31) Cf. notamment Req. 9 avril 1921, S. 1922.1.180.

(32) Houpin et Bosvieux, n° 142, p. 177 ; cette absence d'autonomie patrimoniale est critiquée par Hémard, n°s 366 et s.

(33) Triv. civ. Seine 3 mai 1922 ; D.P. 1924.2.9, note Savatier ; Rev. Soc. 1923.77 ; Journ. Soc. 1925.100.

qui semble avoir recherché sur quelle base devait avoir lieu la liquidation : c'est un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 décembre 1940 (34), rendu, il est vrai, dans une espèce assez particulière.

Il s'agissait d'un immeuble acheté par moitié par les concubins et dont le prix avait été également partagé par moitié par le notaire liquidateur, ce qui avait été homologué par le tribunal. Le concubin critiquait ce partage, fait selon les règles des communautés de fait (c'est-à-dire des indivisions) alors qu'auraient dû être appliquées, selon lui, « les règles régissant la liquidation des sociétés, c'est-à-dire l'article 1853 ». A la vérité, l'argument manquait de pertinence ; le concubin ne reprochait pas en réalité à la décision d'avoir prescrit le partage par moitié, mais bien d'avoir attribué à la femme la même somme qu'à lui, alors qu'il aurait payé, en son nom personnel, les impôts et les charges. Il invoquait également les améliorations apportées par son travail personnel sur l'immeuble ; il peut s'agir là, en effet, d'un nouvel apport mais, la Cour constatant que la concubine y avait aussi participé par l'intermédiaire de ses fils, les apports en industrie se compensaient donc. Il s'agissait, en définitive, d'une question de comptes et non de partage et la Cour de Paris a maintenu le principe du partage par moitié, étant donné que l'immeuble avait été acheté par les concubins chacun pour la moitié indivise et qu'ils avaient eu l'intention de le mettre en commun dans leur intérêt respectif et d'en retirer la moitié du prix en cas de partage et de vente. La solution est donc certainement correcte en ce qui concerne le fondement du partage mais nous verrons qu'il ne saurait en être de même en ce qui concerne l'établissement des comptes.

Si l'on se tourne du côté des auteurs, on s'aperçoit qu'un grand désaccord règne entre eux... Il faut, tout d'abord, mettre de côté l'opinion de ceux qui, comme M. Savatier, estiment qu'il ne peut exister de société licite entre concubins (35) ; dès lors, les règles

(34) S. 1940.2.64 ; J.C.P. 41.II.1688, note Aulagnon, Gaz. Pal. 1941.1.56. Une décision ancienne du Trib. civ. de Sens du 14 décembre 1888 (Gaz. Pal. 1889.1.113) avait curieusement appliqué les principes : « l'actif social est la copropriété des coassociés et doit leur être attribué à chacun au prorata de leurs apports et, à défaut de cette constatation, à chacun par moitié ». On aurait donc recours au partage par moitié en dernière ressource.

(35) Note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, précité.

de liquidation seront celles de l'indivision ordinaire et non celles de la société. D'autre part (36), beaucoup se préoccupent de la liquidation de la société universelle entre les concubins ; nous avons vu les difficultés qu'elle soulève, difficultés qui condamnent la doctrine de ceux qui voient dans la société universelle la solution simple et équitable des problèmes patrimoniaux entre concubins ; selon nous, ces difficultés sont insolubles puisqu'elles proviennent de l'application de règles de droit tombées en désuétude à une situation qui ne correspond pas aux nécessités pratiques et juridiques. Toujours est-il que les auteurs condamnent la pratique du partage par moitié.

Sans doute, ce partage par moitié peut se concevoir : l'article 1853 du Code civil qui est, nous l'avons vu, le texte de base devant régir la liquidation de toute société lorsque les associés n'ont pas précisé sur ce point leurs intentions soit dans les statuts, soit par d'autres conventions, stipule que les bénéfices seront répartis en proportion des apports. Or, les apports faits par les concubins peuvent être égaux et c'est précisément le cas dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, le 6 décembre 1940 ; de plus, l'alinéa second de l'article 1853 précise que « ...à l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si la mise en eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ». Il en résulte que, dans une société de deux personnes dont l'une a fait seulement un apport en industrie, les bénéfices seront partagés par moitié. Le cas est d'ailleurs moins fréquent qu'on peut le supposer, entre les concubins ; en effet, il est rare que l'un d'eux n'apporte que son travail : s'il le fait, sa position sera généralement celle d'un subordonné ou d'un associé ; le plus souvent, l'apport sera mixte et consistera à la fois dans quelques économies et dans le travail ; or, une jurisprudence constante refuse d'appliquer les dispositions de l'article 1953, alinéa 2, aux apports mixtes.

Ainsi la liquidation des sociétés de fait entre concubins doit se faire selon les principes généraux de la liquidation des sociétés régulières. Ces principes présentent encore un certain degré d'in-

(36) De Naurois, article précité, pp. 699 et s.

certitude mais il faut prévoir que des améliorations y seront apportées avec le temps ; les sociétés entre concubins en profiteront comme les autres.

II. — Les opérations de liquidation des sociétés entre concubins.

Une fois déterminée la base sur laquelle doit être effectuée la liquidation, il faut procéder aux opérations qui aboutissent au partage de l'actif social entre les associés ou leurs héritiers. Ici encore, il faut se référer aux règles générales, mais l'existence des relations illicites entre concubins engendre des difficultés particulières et, surtout, la confusion entre les patrimoines personnels et la masse sociale. Non seulement, selon la jurisprudence dominante, cette masse ne constitue pas, en droit, un patrimoine séparé ou simplement autonome, mais de plus, en fait, il est souvent difficile de la reconstituer.

Rares sont les décisions qui se sont préoccupées de contrôler ces opérations de liquidation. Parfois, la concubine se contente de réclamer une somme d'argent qui est censée représenter sa part dans la société (37) ; d'autres fois, les juges déclarent qu'il y a lieu de procéder au partage par moitié de la succession du concubin prédécédé : ainsi le Tribunal civil de la Seine (38), ayant reconnu entre deux concubins l'existence d' « une société de fait ayant pour objet la création et l'exploitation d'un fonds de commerce », a attribué à la concubine la moitié de la succession de son amant. Une telle pratique aboutit ainsi à donner à la société particulière entre les concubins les effets de la société universelle et doit donc être condamnée ; elle en arrive, comme le dit M. Savatier (39), à confondre purement et simplement la société de fait avec l'organisation pécuniaire du concubinage. D'autres décisions, enfin, nomment un liquidateur pour procéder aux opérations de partage, en lui fixant

(37) Cf. Besançon, 23 décembre 1884, Gaz. Pal. 1885.1.183 ; Trib. civ. Nîmes, 24 mai 1924, Gaz. des Trib. 1925.2.181, Paris, 15 juin 1939, D.H. 1939.409.

(38) Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, précité.

(39) Note sous Trib. civ. Seine, 3 mai 1922, précité.

(40) Spécialement l'établissement du compte de la société : Trib. civ. Lons-le-Saunier, 19 décembre 1939, Gaz. Pal. 1940.1.134.

sa mission (40) et, plus rarement, la base du partage (41). Ce liquidateur peut être le notaire chargé de la succession du concubin prédécédé ou bien il cumule ses fonctions avec celles d'expert chargé de rechercher les conditions d'existence de la société ; il semble préférable de confier la liquidation à des professionnels plutôt qu'à des juges dont nous avons constaté la tendance à assimiler la société entre concubins à un pseudo-régime matrimonial.

Le liquidateur aura pour mission — certaines décisions le précisent expressément — de terminer les opérations en cours, de payer les créanciers, puis de réaliser l'actif et d'établir les comptes. Si les deux premières opérations ne soulèvent aucun problème particulier, en notre matière, il n'en va pas de même pour les deux dernières, bien que les litiges ne se soient pas présentés nombreux devant les tribunaux à leur sujet ; il semble au contraire que la jurisprudence — et aussi la doctrine — soit presque muette sur ce point. Il n'en reste pas moins vrai que la tâche du liquidateur est extrêmement ardue ; les sociétés de fait ordinaires connaissent pratiquement cette autonomie patrimoniale que leur refusent, en droit, les auteurs ; il s'agira en général d'une exploitation ayant une existence propre comme, par exemple, nous le montre un arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 juin 1932 (42) : deux frères avaient exploité en commun une maison de banque qu'ils géraient en associés, en l'absence de tout contrat ; il existait une séparation entre cette exploitation et les patrimoines propres ; il était, dès lors, aisé d'isoler l'actif social des patrimoines particuliers des associés et d'établir des comptes entre la caisse de la société et les patrimoines des associés. Il en va tout autrement des sociétés entre concubins : bien souvent la société existant entre eux ne possède pas de caisse séparée, la masse sociale et les biens personnels des concubins sont mélangés ; dès lors, comment pourra-t-on isoler cette masse si l'on ne veut pas adopter le système du Tribunal civil de la Seine qui aboutit à partager par moitié la succession du concubin prédécédé ?

Nous avons vu, tout d'abord, que l'actif social ne comprenait pas les apports : la société n'ayant pas de personnalité morale, leur

(41) Trib. civ. Nîmes, 24 mai 1924, Gaz. Trib. 1925.2.181.
(42) S. 1933.1.12.

propriété ne peut lui être transférée et les concubins pourront les reprendre à la dissolution ; l'actif social sera donc uniquement composé des bénéfices réalisés par les associés, soit qu'ils existent en espèces, soit qu'ils aient été employés. Mais, comment déterminer si un bien appartient en propre à un concubin ou s'il constitue un bien social ? Le problème se pose spécialement lorsqu'un concubin a acheté un bien en son nom personnel et que l'autre soutient que l'acquisition a été faite avec des deniers sociaux. La Cour de Cassation a eu à se prononcer sur cette question dans l'affaire sieur G... contre dame E... : dans un premier litige, la Cour avait rejeté un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry qui reconnaissait l'existence d'une association en participation entre les deux concubins pour l'exploitation de différents fonds de commerce (43) ; un second litige s'était élevé sur la composition de l'actif de la société, le pourvoi reprochant à l'arrêt attaqué d'avoir « compris dans la société un immeuble acheté par l'un des associés en son nom personnel, faute par lui d'avoir établi que cet immeuble avait été acquis de ses deniers personnels, alors que l'acheteur ayant figuré seul à l'acte de vente, c'était à la demanderesse à établir que cet immeuble et son mobilier avaient été acquis des derniers communs ». On perçoit l'importance théorique de la question : les acquisitions faites au cours de la société par l'un des associés doivent-elles être présumées faire partie de la masse sociale alors même qu'elles ont été faites au nom personnel de l'un des concubins ?

La Cour de Cassation (44) constate tout d'abord que : « ...le concubin est dans l'impossibilité de prouver la provenance des fonds qui lui ont servi à faire cette acquisition, bien qu'il ait figuré seul à l'acte », mais elle souligne ensuite que le liquidateur judiciaire de la société estimait que les fonds provenaient des bénéfices réalisés dans l'exploitation commune du commerce. Cela signifie que si, en principe, la Cour de Cassation, par un renversement de la charge de la preuve, semble admettre que toute acquisition, même effectuée par un concubin en son nom propre, doit être présumée avoir été faite avec les deniers sociaux, c'est, en définitive, le liquidateur de la société qui tranchera le débat.

(43) Req. 14 mars 1927, D.H. 1927.223, Gaz. Pal. 1927.2.85.

(44) Req. 19 octobre 1926, D.H. 1926, 498, Gaz. Pal. 1927.1.17.

En fait, la question présente moins de difficultés qu'on pourrait le supposer : la preuve de l'origine des deniers étant toujours fort délicate, le juge fera procéder à une expertise ou se réfèrera aux travaux du liquidateur afin de choisir entre les allégations des concubins associés. Une limite doit cependant être apportée è cette solution et l'on ne doit pas toujours décider que ce qui a été acheté avec des deniers provenant de l'exploitation commune rentre dans l'actif social : il résulte, en effet, de la coexistence des relations illicites et des relations de travail que la caisse de la société est utilisée par les associés pour subvenir à leurs besoins purement personnels.

Lorsqu'il en est ainsi, l'opération doit être décomposée ; tout d'abord, il y a une répartition de bénéfices : le concubin qui fait un prélèvement sur la caisse de l'exploitation dans ce but entend prendre un acompte sur sa part de bénéfices, puis ces deniers qui sont sortis de l'actif social sont dépensés par lui selon son caprice ; de même, il faut reconnaître que les acquisitions réalisées de cette façon pour le profit personnel des deux concubins (par exemple l'achat de meubles destinés à leur habitation privée) constituent elles aussi une manière de répartir les bénéfices. Ainsi, seuls les biens acquis avec des deniers sociaux, en vue de l'exploitation commune, tombent dans l'actif social ; faute d'admettre cette réserve, on en arriverait à y inclure une masse de biens hétéroclites et à faire de la société particulière une société universelle. Encore faut-il, cependant, que les bénéfices répartis de cette façon l'aient été conformément aux règles qui président à leur partage.

C'est pour cette raison que le liquidateur devra établir un compte de gestion — ce à quoi certaines décisions l'obligent. Il se peut. en effet, que la société ait payé des sommes qui constituent des dépenses personnelles à l'un des associés ou réciproquement ; dès lors, la société en sera comptable à l'associé ou inversement. Il se peut aussi que l'un des associés ait prélevé des sommes supérieures à sa part de bénéfices et dont il sera redevable envers son associé. Dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 juin 1932 — précité — la société créée de fait par deux frères pour l'exploitation d'une banque avait touché une somme provenant de la dot de l'un des associés ; à la dissolution, la société est tenue de lui rembourser cette somme augmentée des intérêts à partir de la

date du versement. C'est la même idée qui est à la base des récompenses en matière de communauté légale mais la technique est entièrement différente ; en effet, dans ce dernier cas, les deniers qui tombent dans la masse commune sont affectés aux besoins du ménage sans que l'on tienne compte de la part que chacun des époux y verse.

Au contraire, l'actif de la société particulière créé par les concubins n'est pas en lui-même destiné à subvenir aux besoins du faux ménage. En fait, les concubins y puiseront, tant pour régler leurs dépenses propres que pour assurer leur vie commune sur le plan matériel, mais chacun pourra soustraire des sommes dans une proportion différente de celle à laquelle il aurait eu droit en vertu de la règle de partage des bénéfices en proportion des apports. Si, par exemple, l'un des concubins a prélevé 1.200 francs — francs actuels — sur la caisse et l'autre seulement 800, et si les bénéfices se partagent par moitié, le premier sera débiteur d'une somme de 200 francs envers le second, somme qui représente la différence entre les 1.200 francs réellement dépensés et la moitié des bénéfices, soit 1.000 francs qu'il aurait dû toucher si les bénéfices avaient été répartis en une seule fois.

L'arrêt de la Cour de Paris du 6 décembre 1940 (45) — que nous avons déjà rencontré en étudiant les bases du partage — avait à connaître d'une question un peu différente : il a refusé au concubin qui avait payé en son nom propre les impôts et les charges de l'immeuble social d'en imputer le montant sur la part de la concubine, en se fondant sur le fait que les fournisseurs avaient traité avec lui, non en son nom personnel mais comme chef du ménage apparent. Le problème est mal posé : peu importe la question de savoir au nom de qui ces charges ont été payées ; il fallait, en revanche, déterminer quels deniers ont été utilisés ; s'il s'agissait de deniers sociaux, la solution de l'arrêt est exacte car toute dépense sociale doit être réglée avec les deniers sociaux ; si, au contraire, le concubin a employé ses propres deniers, il peut imputer la fraction qui revient à la concubine sur sa part de l'actif social. Cette reconstitution de la vie de la société aboutira donc, en fait, à modifier la part théo-

(45) J.C.P. 1941.II.1688, note Aulagnon, S. 1940.2.64.

rique qui doit revenir à chacun des concubins ; les difficultés qu'elle soulève ne doivent cependant pas amener le juge à simplifier et, par suite, à transposer les règles du régime de communauté ; sur ce point, toutefois, la jurisprudence ne marque pas encore de tendance bien affirmée vers une telle recherche.

Lorsque le liquidateur aura procédé à toutes ces opérations, lorsqu'il aura payé les créanciers, déterminé et réalisé l'actif, établi les comptes, il restera une certaine somme qu'il partagera selon les bases que nous avons décrites. L'opération même du partage sera faite conformément à l'article 1872 du Code civil, qui renvoie aux règles du partage successoral, avec les réserves qu'a posées la jurisprudence.

*
* *

Ainsi, en mettant leur activité et une partie de leurs biens au service d'une exploitation commune, en vue de réaliser des bénéfices, les concubins créent une société particulière, généralement irrégulière, qui est soumise au droit commun des sociétés. Le fait de la cohabitation et les relations illicites donnent un aspect spécial à cette société et il serait tentant de lui donner le caractère d'un régime pseudo-matrimonial et de lui faire englober l'ensemble des patrimoines des concubins.

C'est pourquoi il est nécessaire de toujours délimiter avec soin les contours, tant au point de vue des conditions de son existence que de sa composition et de ses effets, sans jamais perdre de vue son objet d'exploitation.

Ainsi restreinte, la société laisse de côté les biens et l'activité des concubins qui ne rentrent pas dans la communauté de travail ainsi créée. La technique de la société ne résout donc pas tous les problèmes patrimoniaux résultant de l'union libre. Il nous faut maintenant étudier le régime des biens qui restent, parfois, de par la volonté même des concubins, étrangers à cette communauté de travail.

*
* *

TITRE II

LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS EN L'ABSENCE D'UNE SOCIETE DE FAIT

Lorsque les conditions nécessaires pour admettre l'existence d'une société de fait entre concubins ne sont pas réunies, comment procède-t-on à la liquidation des biens de ces derniers ?

Nous tenterons de répondre à cette question en étudiant, dans un premier Chapitre, les différentes solutions apportées par la jurisprudence.

Il conviendra alors, dans un second et dernier Chapitre, d'apprécier la valeur et la portée respectives des dites solutions.

*
* *

CHAPITRE PREMIER

La pratique jurisprudentielle

La situation patrimoniale particulière qui résulte d'une cohabitation prolongée ne peut être liquidée conformément à un pseudo-régime matrimonial, constitué pratiquement par une société universelle. Seule une société particulière peut naître entre les concubins, correspondant à ce que l'on peut appeler la communauté de travail — dans l'hypothèse où existe une exploitation commune — et elle ne peut englober que la part des biens des concubins, affectée à cette exploitation. Son résultat est donc toujours limité et elle ne peut jamais aboutir, au moment de la dissolution de l'union libre, à un « désenchevêtrement des deux patrimoines » que la communauté de vie a plus ou moins confondus : meubles garnissant l'habitation, économies du ménage, revenus des biens achetés en commun, tout ce qui entre dans la « bourse commune » forme une masse de biens qui reste en dehors d'un actif social qui n'existe pas toujours d'ailleurs.

Et pourtant l'équité commande que cette masse soit liquidée car on ne peut admettre que celui qui fait figure de chef du ménage la conserve à son nom, que le concubin survivant garde par devers lui les meubles garnissant l'habitation commune, au détriment des héritiers du concubin décédé.

Comment les tribunaux parviennent-ils à cette liquidation ? Nous consacrerons une première Section à la séparation des patrimoines confondus et une seconde à l'idée d'enrichissement sans cause comme base de la liquidation.

Section I

LA SEPARATION DES PATRIMOINES CONFONDUS DES CONCUBINS

Deux conceptions se sont fait jour. Pour certains, les concubins ont entendu soumettre leurs biens à une société universelle : cette société est illicite, mais il en reste quelque chose, une « communauté de fait » ou indivision organisée, sur la base de laquelle s'effectuera le partage ; la volonté implicite des concubins n'a pas ici son plein effet car elle va à l'encontre de la notion de bonnes mœurs, mais elle permet cependant de recourir à une liquidation globale.

Pour d'autres, au contraire, la question de la répartition des biens des concubins doit être résolue sur le terrain de la propriété : aucun élément volontaire n'intervient et ne peut intervenir ; les concubins ont conservé la propriété de certains biens, d'autres sont soumis au régime de l'indivision.

I. — La liquidation des biens selon une communauté de fait.

Entre la société irrégulière qui remplit toutes les conditions du contrat de société et l'indivision, état simplement passif, il existe une catégorie intermédiaire dont le statut juridique est encore actuellement assez mal défini, celle des sociétés nulles pour objet illicite. En droit strict, ces sociétés n'ont aucune existence, mais elles ont souvent fonctionné pendant de nombreuses années, et le sort des biens sociaux doit être déterminé. Toutefois, selon la doctrine et la jurisprudence dominantes, cette liquidation doit se faire selon la règle de proportionnalité aux apports, sans que jamais les

associés ne puissent invoquer les dispositions du contrat frappé de nullité.

Peut-il exister entre concubins une situation équivalente ? Toujours animés du désir de soumettre les biens des concubins à un régime global, certains auteurs (1) ont repris l'idée, bien tentante, de société universelle ; sans doute, reconaissent-ils qu'une telle société est illicite et que le contrat présumé qui est à sa base est nul, mais elle a fonctionné et il en résulte une « communauté de fait » qu'il faut liquider. Ainsi, au moment de l'entrée en ménage, les concubins seraient censés avoir contracté une société dont on ne nie pas le caractère illicite et, à la dissolution, la communauté de fait en résultant serait partagée en proportion des apports. C'est notamment ce que soutenait, non sans quelque obscurité, Laurent (2) qui s'appuyait sur certaines décisions ayant reconnu qu'un mariage nul pour bigamie laisse subsister entre les prétendus époux, à défaut de mariage putatif, une communauté de fait ou même une société universelle de gains (3).

Certaines décisions de jurisprudence se sont inspirées de cette théorie : ainsi, l'arrêt de la Cour de Rennes du 19 décembre 1833 (4) constate qu'il n'a existé entre les concubins qu'une société illicite et cependant qu' « il est résulté de leur cohabitation une sorte de confusion du mobilier et que... considérant le long temps qui s'est écoulé depuis le commencement de leur cohabitation, la durée de leur union, et ayant d'ailleurs égard à la fortune, aux personnes et à l'industrie respective de Nicolas D... et de Marie O... ; il est juste d'arbitrer au quart de l'inventaire du 1er avril 1815 la part que Marie O..., qui a dû apporter un faible mobilier, quelques revenus et les fruits de son travail dans l'habitation commune, est fondée à réclamer ». Dans bien des décisions postérieures, il est difficile de discerner si la liquidation ordonnée, toujours sur la base d'un

(1) Hémard, op. cit., n° 64 et s., Solus, note sous S. 1928.1.9 et art. Rev. Soc. 1922, p. 261 et s.

(2) Principes de droit civil, XXVI n° 450 ; cf. également Thaller et Perceron, tome I, n° 365.

(3) Cf. notamment : Req. 12 novembre 1907, S. 1909.1.268.

(4) S. 1852.2.209 note 1 ; cf. également : Trib. civ. Seine, 22 juillet 1882, Gaz. Trib. 19 octobre 1882.

partage par moitié — à la différence de l'arrêt de 1833 — résulte d'une communauté de fait ou d'une société (5).

En effet, entre la communauté de fait et la société de fait, la différence est minime : ni l'une ni l'autre ne sont des personnes morales ; pour la liquidation, dans le premier cas, on écarte les règles du contrat entaché de nullité ; dans le second, il n'existe pas de contrat ; de toute manière, on aboutit à un partage en proportion des apports. Sans doute, entre concubins, la société de fait devrait avoir un effet plus limité mais nous connaissons la tendance jurisprudentielle à étendre la notion de société à l'ensemble des biens des concubins. Ainsi, la communauté de fait se trouve être, comme souvent la société de fait, un substitut de la société universelle de gains et aboutir au même résultat. C'est pourquoi un certain nombre d'auteurs (6), pour éviter ce résultat quelque peu surprenant, ont demandé l'application à l'union libre de l'autre système, plus sévère, admis en jurisprudence et en doctrine pour les sociétés nulles à raison de leur objet illicite : « aucune action en compte, partage et liquidation ne sera admise entre les concubins... mais chacun pourra réclamer à l'autre, à la condition de justifier de sa propriété suivant les règles du droit commun, les objets qu'il aura apportés dans l'association illicite dans laquelle ils ont vécu » ; la perte des biens achetés avec des deniers communs serait pour celui qui ne les possède pas en son nom la « rançon de la situation irrégulière » (7).

Quels que soient les effets qu'on lui attribue, nous ne saurions admettre, pour notre part, l'existence de cette « communauté de fait », résidu d'une société nulle pour objet illicite. Tant sur le plan pratique que sur le plan théorique, ses résultats sont inadmissibles : en effet, si l'on admet le partage de cette communauté de fait en proportion des apports, son résultat sera de soumettre l'union libre à un pseudo-régime matrimonial dont nous avons rejeté l'existence ;

(5) C'est ce que constate M. de Naurois, art. précité, p. 698.

(6) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 73 ; cf. également : Lacour et Bouteron, t. I, n° 214 et Houpin-Bosvieux, n° 86.

(7) Aubineau : *Etude critique des conséquences de l'union libre.* Thèse Poitiers, 1921, p. 29.

le terme de communauté de fait, comme certains l'ont marqué (8), est en lui-même fâcheux car il évoque immédiatement le parallélisme avec la communauté de droit, engendrée par le mariage. C'est ainsi que les tribunaux ont pu, au terme d'un concubinage adultérin, prescrire d'abord la « liquidation de la communauté d'intérêts entre les concubins », puis la liquidation de la communauté légale entre les époux... (9) ; nous avons relevé la même tendance dans l'affaire soumise le 6 décembre 1940 à la Cour de Paris (10) : le concubin demandait à la Cour de liquider les biens du faux ménage, non sur la base d'une communauté de fait — ce qui, selon lui expliquait le partage par moitié ordonné en première instance — mais en proportion des apports, comme une société. La confusion est évidente : communauté de fait et société se liquident toujours en proportion des apports mais, entre concubins, la communauté de fait constitue un régime pseudo-matrimonial qui aboutit, comme la communauté légale, à un partage par moitié.

Si, d'autre part, on adopte la théorie restrictive selon laquelle une société illicite ne permet pas la reprise des apports, on tombe dans l'excès contraire. La perte des biens acquis en commun serait la rançon de la situation irrégulière : or, pourquoi édicter une sanction contre les concubins ? Le concubinage ne constituant pas un délit pénal et n'engendrant plus d'incapacité, pourquoi refuser aux concubins l'application des principes de droit commun ? Une telle solution aboutirait à léser le concubin qui n'a pas la détention du patrimoine commun — et surtout ses héritiers — au profit de l'autre. Ainsi l'admission d'une société illicite entre concubins est soit dangereuse, soit inéquitable, selon les effets pratiques qu'on lui attribue.

Si, par ailleurs, on recherche quelle est cette société illicite qui s'est fondée entre les concubins, on s'aperçoit qu'elle ne correspond à aucune réalité juridique. En effet, cette société illicite qui laisse subsister une communauté de fait, qu'estce ? C'est une société normalement constituée mais nulle, soit parce que son objet d'exploitation est illicite en lui-même, soit parce que l'exploitation

(8) Cf. notamment : note Pierrard sous Paris, 20 décembre 1946, J.C.P. 1947.II.3799.

(9) Trib. civ. Seine, 22 juillet 1882, Gaz. Trib. 19 octobre 1882.

(10) Gaz. Pal. 1941.1.56 ; J.C.P. 1941.II.1688, note Aulagnon ; S. 1940.2.64.

de cet objet en société est illicite (11). On veut voir, entre les concubins, une société universelle régulière mais nulle en raison de son objet — l'organisation de relations illicites ; or, nous l'avons vu, ce type de société ne peut exister, les concubins n'ayant aucun but intéressé. Le fondement même de la communauté de fait n'existe donc pas ; une telle communauté ne peut se concevoir entre concubins que dans le cas où une véritable société aurait existé entre eux ; il pourrait en être ainsi tout d'abord si les concubins avaient exploité une société particulière dont l'objet d'exploitation eût été illicite, par exemple une maison de tolérance, mais dans ce cas, la communauté de fait ne pourrait régir que l'actif social et non l'ensemble des biens des concubins. Une communauté de fait portant sur l'ensemble de leur patrimoine n'existerait que dans le cas exceptionnel où ils auraient régulièrement créé par écrit une société universelle de gains en vue d'organiser le régime de leurs biens ; un tel contrat, de nature à favoriser les relations coupables, serait nul, comme contraire aux bonnes mœurs. Nous savons, au reste, que les concubins répugnent à procéder ainsi, car une telle situation se concilie mal avec l'esprit même de l'union libre, hostile par principe à tout cadre légal.

Leur situation est, à cet égard, entièrement différente de celle des personnes dont le mariage est annulé et qui ne peuvent invoquer les règles du mariage putatif. L'argument invoqué par Laurent (12) en faveur de l'admission de la société de fait entre concubin et tiré de l'arrêt de la Cour de Cassation (13) qui décide qu'une communauté de fait subsiste à la nullité du mariage, perd ainsi sa portée. En effet, entre la célébration du mariage et sa dissolution, les biens des époux ont été soumis aux règles du régime de la communauté légale ; la disparition rétroactive du mariage ne peut effacer complètement l'existence de ce régime qui a fonctionné régulièrement, spécialement aux yeux des tiers ; il en reste une trace : la communauté de fait fondée sur l'existence de la société universelle de gains, proche parente de la communauté légale. C'est pourquoi la Chambre des Requêtes a pu admettre sur ce fonde-

(11) Hémard, op. cit., n°s 36 et s.
(12) Laurent, t. XXVI, n° 450.
(13) Req. 12 novembre 1907, S. 1909.1.268.

ment la demande de l'ex-épouse qui réclamait aux acquéreurs d'un immeuble, vendu avant l'annulation du mariage, la part du prix qui lui revenait.

Nous savons que l'union libre n'engendre aucun régime pseudo-matrimonial et que, au regard des tiers, les concubins ne se présentent pas comme liés par une société universelle, même illicite. Ainsi, aucune communauté de fait ne peut être admise entre concubins, puisqu'elle suppose l'existence d'une société illicite que l'on ne peut découvrir en dehors de circonstances très exceptionnelles. Il faut donc considérer la situation patrimoniale des concubins — en dehors de la communauté de travail — comme une question de propriété qui doit se résoudre conformément aux principes de droit commun. Pour reprendre les termes de Nast : « ...quand les concubins ont vécu sous le même toit, en principe leurs biens mobiliers et immobiliers resteront la propriété séparée de l'un ou de l'autre, comme les époux séparés de biens ou deux amis vivant ensemble ; mais on peut considérer comme des biens indivis à tous deux, sujets à partage en nature, ceux qu'ils auront acquis en commun, ou avec leurs économies communes, ou ceux dont on ne saura dire à qui ils appartiennent » (14).

Nous allons donc examiner comment on peut déterminer les biens dont les concubins ont conservé la propriété et comment on doit procéder au partage des biens soumis au régime de l'indivision.

II. — La séparation des patrimoines des concubins en dehors de toute idée de société.

A défaut de statut engendré par l'union libre et fixant le régime des biens des concubins, comment déterminer quels sont les biens dont les concubins ont la propriété divise et ceux, indivis, qui doivent être partagés ? L'opération semble simple en théorie : si les concubins n'ont pas modifié par des procédés contractuels la composition de leur patrimoine en formant une société ou en se faisant des donations, ils conservent la propriété des biens qu'ils avaient

(14) Note sous Aix, 28 décembre 1933, D.P. 1935.2.41.

au moment de l'entrée en ménage ; de même, ils restent propriétaires des biens reçus par acte à titre gratuit au cours de l'union et de ceux achetés avec des deniers personnels ; devront, au contraire, être partagés, conformément aux règles normales de l'indivision, les biens achetés avec les deniers mélangés.

Toutefois, en pratique, de nombreuses difficultés s'élèvent, tout d'abord, du fait que, bien souvent, le faux ménage possède une apparence de régularité : l'homme concentre entre ses mains tous les pouvoirs de chef de famille et de communauté ; il détient la bourse commune et place les économies à son nom ; il passe les baux, paie les factures ; en un mot, il possède la qualité de propriétaire apparent, et la femme, si elle ne s'est pas réservé de preuves, pourra se voir dépouillée des sommes d'argent économisées par elle et que le concubin a placées à son nom. De plus, et en dehors même de toute contestation, il pourra exister des biens dont les concubins ou leurs héritiers ne pourront établir l'origine, donc l'appartenance, principalement lorsque l'union aura duré de longues années (15).

Aussi est-il plus avantageux de s'arranger à l'amiable, notamment pour le partage des meubles qui présente les difficutés les plus considérables. De telles transactions ont, d'ailleurs, été reconnues valables par la Cour de Cassation : dans un arrêt du 2 mai 1882, la Chambre des Requêtes (16) a, en effet, décidé qu'une transaction « portant uniquement sur la question de savoir quels étaient, parmi les objets restés après la mort de M... en possession de la dame G..., ceux qui étaient la propriété de l'un ou de l'autres », n'avait pas une cause illicite parce qu'elle ne constituait pas « le partage d'une prétendue communauté qui serait résultée du droit de concubinage de M... et de la dame G... ». Cet arrêt, en une formule heureuse, résume bien la position moyenne de la jurisprudence relative à l'union libre : celle-ci n'est soumise à aucun statut obligatoire mais les concubins ont la faculté de conclure entre eux toutes les opérations patrimoniales qui ne trouvent pas leur fondement dans le maintien ou la rémunération de leurs relations illicites.

(15) Ne trouve-t-on pas, en jurisprudence, des exemples d'union illégitime ayant subsisté 45 ans !...

(16) S. 1884.1.158. D. 1883.1.253.

Cependant, la cohabitation, en tant que fait matériel, ne peut être ignorée, spécialement sur le plan de la possession : il est, en effet, de jurisprudence constante que la cohabitation constitue un vice de possession (17) : ce vice n'existe sans doute pas de plein droit mais, lorsque cette cohabitation est accompagnée de relations illicites, les juges ont tendance à toujours la déclarer ; ainsi est-il difficile au concubin qui veut reprendre son bien d'invoquer sa possession postérieure à l'entrée en ménage. Cette jurisprudence présente une importance particulière au regard des meubles, en raison de la règle de l'article 2279 du Code civil, aux termes duquel la possession de bonne foi des meubles vaut titre. La question pratique est considérable : la concubine restée, après la mort de son compagnon, en possession des meubles garnissant l'appartement commun, des valeurs et des bijoux, opposera la règle de l'article 2279, invoquant que ces biens lui appartenaient avant l'union, ou, plus souvent, qu'ils lui ont été donnés par le *de cujus*.

Comment les héritiers peuvent-ils alors faire respecter leurs droits ? Dans une affaire soumise le 15 avril 1890 à a Chambre des Requêtes (18), des valeurs dont les héritiers avaient trouvé la trace dans les papiers du *de cujus* avaient disparu et la maîtresse de ce dernier, qui habitait seule avec lui avant sa mort, avait dissimulé ces titres au notaire. Les héritiers les ayant frappés d'opposition, la concubine réclama la main-levée de cette opposition, soutenant que les titres lui avaient été donnés par le *de cujus* et que, en vertu de la règle de l'article 2279, elle était dispensée de faire la preuve de ce don manuel. Les juridictions inférieures, puis la Cour de Cassation n'ont pas admis ce raisonnement ; la concubine n'est pas possesseur de bonne foi parce que, d'une part, elle a caché au notaire qu'elle détenait des titres et que, d'autre part, elle cohabitait avec le défunt et qu'ainsi sa possession était clandestine — d'autres arrêts disent « équivoque » (19).

(17) Nancy, 30 décembre 1891, D. 1892.2.441, note Planiol ; Req. 18 décembre 1894, S. 1895.1.136 ; Req. 16 janvier 1901, S. 1902.1.85 ; Req. 21 juin 1911, S. 1912.1.8.

(18) S. 1891.1.342 ; cf. également : Paris, 27 août 1881, S. 1881.2.256 ; Cass. 15 novembre 1881, S. 1882.1.259.

(19) Cf. civ. 30 janvier 1957, Bull. Cass. 1957.41 : « La communauté d'habitation ayant existé entre le détenteur de meubles et son ancienne concubine qui les revendique, sans rendre de plein droit équivoque la possession de ces biens peut, jointe à d'autres circonstances, lui imprimer ce caractère et rendre par suite inapplicables les dispositions de l'article 2279 du Code civil ».

Dès lors, la présomption de propriété ne peut jouer en faveur de la concubine (20), mais les héritiers doivent prouver de façon satisfaisante leur droit de propriété. En fait, la jurisprudence, dans des cas semblables, est très favorable aux demandeurs et en arrive à renverser la présomption et à exiger que la défenderesse prouve l'existence du don manuel (21). Il ne saurait en être de même lorsque la concubine invoque sa possession antérieure aux relations illicites ; il s'agira alors d'un véritable litige sur le plan de la propriété, chacun apportant ses éléments de preuve : titre, possession, actes matériels de possession, etc.

De même, en matière immobilière, le conflit se placera sur le terrain de la propriété ; les preuves à apporter seront celles de la propriété, avec toutes les difficultés que cela comporte. Sans doute, pour les immeubles reçus à titre gratuit au cours de l'union, le concubin pourra-t-il nvoquer un titre : acte de partage, inventaire successoral, etc. ; de même, il lui sera assez facile de prouver sa possession, antérieure à l'union, mais le titre d'acquisition d'un immeuble au cours de l'union libre ne saurait avoir la même valeur ; l'autre concubin pourra invoquer une espèce de présomption de communauté mais il ne pourra apporter la preuve que les deniers qui ont servi à l'acquisition provenaient de la bourse commune. A cet égard, le juge possède un pouvoir quasi souverain pour apprécier la valeur respective du titre et des circonstances de fait.

C'est ce pouvoir qui a été invoqué pour soumettre les biens dont l'origine est ignorée au régime de l'indivision (22) ; il ne s'agit pas là d'une présomption de communauté puisqu'une catégorie

(20) Elle ne peut pas jouer non plus contre elle, selon une jurisprudence très récente : Paris, 11 mai 1957, D. 1957.658, S. 1957.417. « La vie commune menée par deux concubins donne à la possession du mobilier se trouvant dans leur logement un caractère équivoque les privant du bénéfice de la présomption de l'article 2279 C. civ. Il s'ensuit qu'en cas de décès de l'un des concubins et de revendication du mobilier exercée par l'héritier du défunt contre le survivant, la propriété du mobilier doit être établie par les modes de preuve du droit commun en dehors de toute présomption. Dès lors, en l'absence de toute preuve de la propriété privative du mobilier par le défunt, il faut admettre que ce mobilier, dépendant de la société de fait, ayant existé entre les concubins, doit être réputé appartenir à l'un et à l'autre ».

(21) Notamment : Civ. 21 octobre 1929, D.P. 1931.1.56 ; Paris, 27 août 1881, S. 1881.2.256.

(22) Nast, note sous Aix, 28 décembre 1933, D.P. 1935.2.41.

limitée de biens est visée, dans la seule hypothèse où rien ne justifierait l'attribution exclusive à l'un ou à l'autre des concubins; ce peut notamment être le cas des meubles meublants garnissant l'appartement commun, lorsque la concubine survivante ne peut prétendre à une possession exempte de vices. Ainsi, tous les biens dont on ne peut retrouver l'origine, tous les biens qui ont été achetés conjointement par les deux concubins avec les derniers communs seraient soumis au régime de l'indivision. Cela ne veut pas dire qu'ils constitueraient une masse homogène, devant être soumise à un régime unique de partage, car il n'existe pas dans le Code de réglementation générale pour lui appliquer la règle de partage en proportion de la part que chaque co-indivisaire a prise pour l'acquisition du bien indivis. Il faudra donc rechercher pour chaque bien qu'elle est cette part : par exemple, on recherchera dans les actes de vente si les concubins se sont portés acquérieurs chacun par moitié ; lorsqu'il sera impossible de trouver de tels indices, le notaire ou le juge devront avoir recours à des présomptions et déterminer la quote-part de chacun, eu égard à ses ressources propres et aux sommes qu'il versait dans la bourse commune qui a supporté l'acquisition (23) ; dans ces cas particuliers, le résultat sera — notons-le — assez proche de celui qui est obtenu en matière de société.

Peut-être est-ce pour cela que les tribunaux ont souvent reconnu une société mal définie dont l'actif social serait constitué par « le mobilier garnissant les lieux habités pendant 28 ans de vie commune..., acquis et possédés en commun » (24) et partagé par moitié à la dissolution. De même, ils ont parfois attribué à la concubine les quelques objets qu'elle réclamait (25), sous le couvert d'une société assez vague, créée de fait par les concubins. Qu'une telle technique soit défectueuse, nous avons tenté de le montrer précédemment ; les inconvénients pratiques sont limités lorsque le plus clair de la fortune des concubins se trouve être l'actif social de leur exploitation commune ; il en va tout autrement lorsque les

(23) C'est la solution admise par un très ancien arrêt de la Cour de Rennes du 19 décembre 1883, S. 1852.2.209, note 1.

(24) Trib. d'Etampes, 3 mars 1933, Gaz. Pal. 1933.1.683, Journ. Soc. 1935. 373.

(25) Paris, 15 juin 1939, D. 1939.409 ; Trib. civ. Seine, 22 juillet 1882, J.S. 1886.377.

patrimoines des concubins sont plus étendus et de composition plus variée car faire dépendre du sort de la masse sociale de la société de fait les biens personnels divis ou indivis des concubins aboutirait à de graves injustices : notamment, si l'on soumet au même partage les biens sociaux qui sont attribués en fonction des apports et les biens soumis à un régime d'indivision différent. Seule l'application stricte des règles de la société d'une part, de la propriété et de l'indivision d'autre part, peut résoudre les questions délicates qui se posent alors. Un arrêt récente de la Chambre civile — Civ. 4 janvier 1958, Bull. Cass. 1958.1.6 — va même plus loin et affirme : « ...Un concubin ne saurait prétendre que, du seul fait qu'il avait mis ses ressources en commun avec sa concubine, il se serait formé une masse active indivise entre eux et qu'il aurait, dès lors, le droit d'en demander le partage au décès de celle-ci, sans avoir à invoquer la qualité d'héritier, ni celle d'associé. Une action de sa part, tendant au partage des biens qui se trouvent au dernier domicile de la défunte, ne peut en effet avoir pour objet que la liquidation, soit de la succession de celle-ci, soit de la société de fait qui aurait pu se constituer entre eux, mais qui ne résulte pas de la seule existence du concubinage ».

Entre concubins, donc, l'existence d'une société correspondant à une communauté réelle de travail se conçoit : elle ne découle pas automatiquement de l'union libre, mais trouve son fondement dans la volonté présumée des concubins. N'intervenant que dans des cas bien déterminés — les arrêts les plus récents se montrent plus stricts sur ce point —, cette société ne peut avoir que des effets limités en droit : elle ne saurait régir, dans leur ensemble, les patrimoines des concubins ; le régime juridique des biens non affectés à l'exploitation sociale n'est pas modifié, la cohabitation ne leur conférant aucun statut propre. Les difficultés pratiques qui en résultent sont considérables, mais ne sauraient justifier l'attitude d'une partie de la jurisprudence qui ignore la distinction entre la communauté de travail, organisée par les concubins, et la communauté de vie, état passif. C'est pourtant cette distinction qui permet de concilier les exigences de la cause avec celles de l'équité qui interdit un dépouillement injustifié de l'un des concubins au profit de l'autre.

Section II

L'IDÉE D'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE COMME BASE DE LA LIQUIDATION

Si le principe même d'une société valable est souvent difficilement admissible, comment peut-on alors assurer à chacun des concubins la protection qu'il mérite, face à son compagnon ? Comment, d'autre part, peut-on protéger les tiers auxquels le refus d'admettre l'idée de société risque de causer un préjudice certain ? Ici, une partie de la doctrine et quelques décisions de jurisprudence répondent en faisant intervenir la notion d'enrichissement injuste et l'action de *in rem verso.*

Cette idée d'enrichissement sans cause peut-elle servir de base à la liquidation ? C'est ce que nous allons examiner en étudiant d'abord le principe de l'enrichissement injuste et ses possibilités d'application à la liquidation des biens entre concubins ; nous verrons ensuite l'évolution de la jurisprudence à l'égard de ce problème.

I. — Principe de l'enrichissement injuste.

« Nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui », voilà un des principes fondamentaux de notre ordre juridique ; son origine est très ancienne et son application était fréquente chez les Romains ; bien qu'il ne soit pas formulé expressément dans le Code civil, on peut dire que de nombreux articles du Code reposent sur cette idée qui reçoit, en droit français, beaucoup d'applications pratiques. Ainsi, deux concubins ont mis en commun leurs biens et l'un d'eux, supposons la femme — ce qui est le cas le plus fréquent — aide l'autre à l'exploitation d'un commerce, lui rend de nombreux services, fait office d'employée de confiance, quelquefois même de secrétaire, acceptant de travailler sans aucune rémunération, parfois dans le seul espoir d'un mariage possible, et ce dernier n'a pas lieu. La concubine a cependant rendu des services appréciables en argent ; elle a contribué largement à la bonne marche de l'affaire ; si elle avait été chez un étranger, elle aurait reçu, en contre-partie de ses efforts, un traitement en numéraire, alors qu'elle a travaillé

uniquement pour l'association, ou plutôt pour le concubin. Il y a eu, par suite, au profit de ce dernier, un enrichissement certain, une augmentation de patrimoine, qui « ne consistent pas en un profit moral, non susceptible d'une évaluation pécuniaire objective » (26), mais en une économie de dépenses ; cette dernière existe encore au moment de la liquidation des biens et, par conséquent, peut être répétée. La source de l'action ne réside dans aucun texte de loi, mais dans le principe d'équité selon lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Corrélativement à cet enrichissement, il faut qu'il y ait eu appauvrissement de la concubine, cet élément devant être considéré comme le fondement et la raison d'être de l'enrichissement sans cause. Ainsi que l'écrit M. Rouast (27), « le droit n'ouvre pas d'action aux envieux de la richesse d'autrui, si scandaleuse que soit son origine. Et même il ne permet pas à celui qui a été l'artisan de cette richesse d'en réclamer aucune part, s'il n'est prouvé qu'il n'a subi lui-même un préjudice. La base fondamentale de l'action de *in rem verso* est le préjudice subi par le demandeur ». Or, il est évident que la concubine s'est appauvrie, non pas qu'elle ait perdu la propriété ou la jouissance de biens, mais du fait qu'elle n'a pas été rémunérée des services qu'elle a rendus sans aucune intention libérale, sans l'*animus donandi* ; elle aurait pu fournir son travail ailleurs moyennant paiement ; d'un autre côté, l'enrichissement du concubin est injuste et il doit restituer. Le lien causal, la relation de cause à effet entre les deux faits saute aux yeux et, à moins qu'un motif précis n'y mette obstacle, cette situation laisse au juge le sentiment très net qu'enrichissement et appauvrissement sont suffisamment rapprochés pour que l'on puisse dire que l'une des parties a acquis aux dépens de l'autre. Comme le dit Demogue : « L'idée de causalité directe répond à la valeur respective de deux sentiments et ne peut se traduire mathématiquement » (28).

Le déséquilibre patrimonial qui subsiste encore au moment du procès rend, en conséquence, possible l'action de *in rem verso* ;

(26) Mosoiu, De l'enrichissement injuste, Thèse, Paris, 1932, p. 195.

(27) « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », Rev. trim. de droit civil, 1922, p. 45.

(28) Demogue, *Traité des Obligations*, III, p. 252.

au moment de la liquidation, le concubin, enrichi des efforts de l'autre, ne pourra pas garder cet enrichissement et il ne saurait invoquer de raisons pour se réserver le montant du travail commun. Il ne pourrait, par exemple, utiliser la notion de cause légitime et objecter un prétexte quelconque, soit qu'il déclare que les services rendus par sa compagne l'ont été en conformité des stipulations d'une convention et comme tels opposables — malgré l'article 1165 du Code civil — au demandeur de l'action de *in rem verso,* soit qu'il les représente comme la résultante d'une obligation légale ou naturelle et, par voie de conséquence, supérieure aux institutions d'équité ; il ne peut en quelque sorte « se prévaloir d'un fait juridique l'autorisant à conserver l'enrichissement » (29). Il serait, d'ailleurs, facile pour la concubine d'établir l'absence d'une cause tout à la fois d'appauvrissement pour elle et d'enrichissement pour l'association et, partant, pour son associé.

N'oublions pas, enfin, qu'une dernière condition doit être remplie : la condition de « subsidiarité » ; l'action de *in rem verso* n'a, en effet, qu'un caractère subsidiaire : elle est refusée lorsque le législateur a prévu une autre action, soit que l'apprauvri puisse exercer cette autre action, soit qu'il ne puisse en user faute de remplir toutes les conditions exigées, ou parce qu'il l'a perdue. Ainsi, aucune autre action ne doit être possible, que ce soit l'action née de l'inexécution du contrat de travail, puisque les prestations de travail de la concubine peuvent être l'objet d'un tel contrat — rien ne s'opposant théoriquement à sa validité — ou bien encore l'action *pro socio* — la concubine ayant apporté son activité à une société entre concubins.

Mais, une fois admis que chacune des parties doit rendre à l'autre ce dont elle a profité à son détriment, quels sont les principes qui pourraient servir de base pour affecter à l'un et à l'autre des concubins ce qui lui est dû ? Dans sa note précitée, M. Savatier déclare que « chacun doit restituer ce qu'il a reçu ni plus ni moins. Les bénéfices de l'entreprise montée au nom du concubin, les économies placées en son nom lui appartiennent. Mais si sa compagne ou si son compagnon lui ont rendu des services appréciables en

(29) Baudry-Lacantinerie. *Traité de Droit civil,* « Obligations ».

argent et qui chez tout autre auraient été rémunérés, eh bien ! qu'ils le soient. S'ils n'ont pu l'être avant la séparation, c'est parce que les biens du concubin étaient en fait confondus. Lorsque vient l'heure de la séparation, que personne ne s'enrichisse sans cause aux dépens d'autrui. Cette rémunération une fois donnée, il n'y a lieu de partager que les choses achetées en commun par les concubins réunis et qui sont bien entendu indivises ».

Se basant sur ce principe, les tribunaux pourraient liquider l'association de biens entre concubins et éviter tout enrichissement de l'un au détriment de l'autre ; ils sauvegarderaient ainsi les intérêts de chacune des parties. D'ailleurs, l'application de la maxime « nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » entraîne également, comme nous le montrerons plus tard, le respect des intérêts des tiers et fournit par là un nouvel argument en faveur de l'extension de sa mise en valeur. Mais que s'est-il passé dans la pratique ? C'est ce que nous allons voir en étudiant, à cet égard, l'évolution de la jurisprudence ; nous y découvrions très facilement la tendance à élargir de plus en plus le domaine de l'enrichissement injuste comme base de liquidation d'une association entre concubins.

II. — Evolution de la jurisprudence.

Nous citerons, tout d'abord, un certain nombre de décisions — très anciennes — qui, si elles ne sont pas, à proprement parler, fondées sur la notion d'enrichissement sans cause telle que nous l'avons définie, admettent toutefois le principe selon lequel aucun des concubins ne doit s'enrichir injustement aux dépens de l'autre.

La première décision est un arrêt de la Cour de Rennes du 19 novembre 1833 (30) qui fait, dans une certaine mesure, appel à l'équité en accordant à la concubine une part des profits de la collaboration commune : les juges ne pouvaient admettre qu'il se soit formé entre concubins une société qu'ils considéraient comme illicite ; ils accordent cependant à la femme le quart des biens trouvés à l'inventaire, lui faisant cette attribution non pas à titre

(30) S. 1852.2.209, D.P. 1854.2.84.

d'associée, mais à titre de propriétaire, les biens donnés représentant approximativement la part de mobilier entrée dans l'association du fait de la concubine.

Près de quarante années plus tard, le 17 mai 1870 (31), la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation admettait que la concubine qui avait prêté son concours à l'exploitation de l'industrie de son concubin était fondée à réclamer une somme représentative du prix de son travail, alors même qu'elle ne pouvait apporter la preuve d'une société de gains. Une dame M..., qui habitait Malte, se basant sur une promesse de mariage que lui avait faite un sieur M..., de passage chez elle, l'avait suivi en Egypte où il était allé s'établir. Après onze années de vie commune, au cours desquelles la concubine n'avait réclamé aucune rétribution, elle apprit que le sieur M... était déjà marié ; aussitôt, elle l'abandonna, et lui réclama 10.000 francs de dommages-intérêts. Le tribunal consulaire de France à Alexandrie, par jugement du 11 décembre 1867, condamna M... à lui payer 4.000 francs ; M... interjeta appel, mais la Cour d'Aix (32) confirma cette décision en se basant sur ce que la dame M... avait, par sa collaboration de onze ans et son travail, contribué à « créer la fortune » de M... et qu'il était injuste que ce dernier pût en jouir en toute tranquillité ; quel en était, en effet, le fondement ? L'erreur dans laquelle le concubin avait tenu la dame M... sur son véritable état, lui occasionnant un préjudice certain.

M... forma alors un pourvoi en cassation, prétextant que tant le jugement que l'arrêt s'étaient fondés, pour accorder des dommages-intérêts, sur l'existence d'une prétendue société entre concubins, alors que cette dernière n'était constatée par aucun écrit. La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi en précisant que « l'arrêt attaqué ne s'était pas fondé sur la dissolution par la faute du demandeur d'une société ayant existé entre lui et la défenderesse », mais sur le fait que « la promesse faite par M... et qu'il ne pouvait tenir, puisqu'il était déjà marié, avait eu pour résultat de lui assurer dans l'exploitation de son industrie, pendant plusieurs années, le concours sans rétribution de la dame M... et lui avait ainsi causé un dommage qu'il était tenu de réparer ». L'enrichissement était par conséquent

(31) D.P. 1871.1.52.
(32) Aix, 7 juin 1869, D.P. 1871.1.52.

injuste et dépourvu de cause, la concubine n'ayant fait donation en quelque sorte de son manque à gagner que contre une promesse de mariage ; cette dernière ne se réalisant pas, la libéralité tombait d'elle-même et il était normal que les tribunaux donnent à la femme une rémunération équivalente à ce qu'elle aurait pu toucher en travaillant chez un étranger ; cette rétribution présentait de plus — au moins jusqu'à un certain point — le caractère de sanction à l'égard du concubin, auteur d'un véritable délit.

Indépendamment de l'arrêt de la Cour de Lyon, du 5 juin 1886 (33), dont certains attendus font une application, d'ailleurs atténuée, du principe de l'enrichissement injuste, il faut arriver à la décision de la Cour de Paris du 16 mai 1890 (34) pour trouver, appliqué de nouveau à l'association entre concubins, le principe que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui.

Une dame M..., que son mari avait abandonnée avec son enfant pour vivre avec une maîtresse, fit ménage commun, à partir de 1884, avec un sieur B..., ouvrier plombier. La dame M... ayant réalisé quelques économies dans le métier de blanchisseuse et le sieur B... étant possesseur d'un petit pécule, tous deux entreprirent, au moyen des modestes ressources dont ils disposaient, un commerce de brocantage qui devint assez rapidement, grâce à leur intelligence et leur activité, une maison de ventes de curiosités, réalisant des bénéfices considérables ; les affaires prospérèrent tant et si bien qu'au décès de B..., en 1885, il y avait un actif de plus de 600.000 francs ; or, B..., en 1885, était seul titulaire de la maison de commerce, aucun acte d'association n'ayant été passé entre lui et la dame M... qui avait cependant joué le rôle d'une véritable collaboratrice, s'occupant de la vente des objets d'art et de curiosité dont le sieur B... faisait les achats. La dame M... décède en 1887 et ses enfants, légataires universels de B..., aux termes d'un testament de celui-ci en date du 5 avril 1863, n'exercent aucune réclamation ; ils obtiennent l'envoi en possession des biens du défunt, mais ils sont dépossédés par les époux B... qui étaient depuis quelques années au service de B... et avaient obtenu en leur faveur un nouveau testament olographe portant la date du 2 août 1882.

(33) Lyon, 5 juin 1886, Pandectes, 1886.2.331.
(34) Paris, 16 mai 1890, Gaz. Trib. 30 mai 1890.

Un procès fut alors engagé entre, d'une part, les héritiers M... et, d'autre part, les époux B... ; les premiers fondèrent eur demande sur les droits qu'ils tenaient de leur mère et, dès lors, demandaient la lquidation de la société universelle qui avait existé — prétendaient-ils — entre le sieur B... et la dame M... et en vertu de laquelle il leur serait attribué la moitié des biens ; de plus, s'appuyant sur la particpation quotidienne de leur mère à l'exploitation du commerce, ils sollicitaient subsidiairement le paiement d'une indemnité qui ne pouvait, selon eux, être inférieure à 10.000 francs par an, pendant 32 ans, soit 320.000 francs ; cette somme, dlsaient-ils, n'était pas encore l'équivalent des bénéfices procurés par le travail et l'intelligence de la dame M... à l'œuvre commune réalisée par sa collaboration avec B...

Le Tribunal de la Seine ((35) ne fit pas droit à leur demande en ce qui concernait la société universelle de gains mais, pour la demande subsidiaire, se basant sur le concours « quotidien, constant, utile et non rémunéré » de la femme M... et reconnaissant « qu'en grande partie les bénéfices réalisés par B... étaient dus aux services gratuits, intelligents et universellement appréciés de la femme M... », les juges accordèrent à ses hériters une somme de 50.000 francs comme rémunération du travail fourni par leur mère pendant toute la durée de son service chez B... et qui n'avait pas été payé.

L'affaire venant en appel, la Cour commence par constater : « 1° - que le concubinage ne peut, par le seul fait de son existence, créer entre les parties une communauté de biens et produire ainsi les effets réservés par la loi à l'union légitime ; 2° - qu'il n'est justifié d'aucun acte constatant une association dont les héritiers M... ne sont pas non plus en mesure de faire la preuve dans les conditions autorisées par la loi ; 3° - que les faits et documents de la cause établissent clairement que la dame M... occupait dans la maison de B... une situation qui n'était nullement celle d'une employée salariée ». Puis, après avoir reconnu le succès de l'entreprise dû au labeur commun, elle déclare « que cette situation commerciale résultant de l'action parallèle et simultanée de deux personnes agissant dans l'intérêt commun, bien qu'elle ne soit pas constatée

(35) Trib. Seine, 26 juillet 1889, Gaz. Trib. 30 mai 1890.

par un acte régulier et échappe légalement à une disposition rigoureuse, n'en a pas moins la valeur d'un fait matériel qui s'impose et doit se résoudre par l'applicaton des règles générales de l'équité et du droit ». Finalement, la Cour élève de 50.000 francs en principal le montant des condamnations prononcées par les premiers juges, ainsi portées à 100.000 francs.

Cet arrêt, nous le savons, ne reconnaît pas une société de commerce en se basant par exemple sur les opérations commerciales que s'étaient assignées comme but les deux concubins ; il est fondé sur une règle d'équité. L'indemnité allouée aux consorts M... l'est en vertu des services rendus par leur mère et qui ont largement contribué à la prospérité de l'affaire ; les juges n'ont pas eu l'intention de verser aux héritiers la part leur afférant dans la liquidation d'une société qui aurait existé entre les deux concubins. Certaines décisions défendent cette manière de voir : celle de la Cour d'appel de Dijon du 7 février 1928 (36) est, à cet égard, significative, car elle fait application aux concubins de la notion d'enrichissement sans cause et de l'action de *in rem verso*.

Un sieur L... et une dame V... — d'ailleurs mariés tous les deux — ont vécu en concubinage pendant un certain temps. l'homme ayant promis le mariage à sa compagne lorsqu'il aurait divorcé ; se basant sur cette promesse, vu la situation qui en résulterait pour elle, la femme, d'abord rémunérée pour les services qu'elle rendait, renonce à tout gage et, pendant sept ans, fournit ses soins et son industrie au sieur L..., sans aucun avantage en contre-partie ; délaissée par lui, elle saisit le tribunal départemental de la Côte-d'Or d'une demande de 35.000 francs de dommages-intérêts tant pour rupture abusive de promesse de mariage qu'à titre de rémunération du travail par elle fourni. Le jugement du 29 mars 1927 (37) réserve la première question, mais autorise la dame V... « à rapporter par voie d'enquête la preuve d'un certain nombre de faits tendant à préciser l'existence et les conditions du contrat de louage ayant existé entre elle et le sieur L... ». Sur appel, interjeté par ce dernier, la Cour de Dijon reconnaît le bien-fondé de la réclamation

(36) D. 1928.2.169 note Voirin ; Gaz. Pal. 1928.1.50.
(37) D.P. 1928.2.169.

de la dame V... à exiger une indemnité « non pas contractuelle, mais quasi-contractuelle par l'exercice de l'action de *in rem verso* », car « ...en fournissant pendant sept ans, sans rémunération effective ni promesse ses soins et son industrie au sieur L..., elle a, d'autre part, accru le patrimoine de celui-ci en le dispensant de recourir à une main-d'œuvre et à une aide rétribuée qui, à défaut de ses services, lui eussent été nécessaires et, d'autre part, appauvri son propre patrimoine en se privant, tout au moins en partie, des avantages qu'elle aurait pu tirer de son activité, si elle l'eût employée sous une autre forme ; que l'enrichissement à son préjudice du patrimoine de L... apparaît d'ailleurs comme dépourvu de cause juridique, puisqu'il ne repose ni sur une intention libérale, ni sur un contrat à titre onéreux qui en soit la justification juridique ». Finalement, compte tenu d'un certain nombre d'avantages tant d'ordre moral que d'ordre matériel obtenus lors de la vie commune par la dame V... « et qui ont compensé partiellement en fait les services qu'elle rendait », elle a été équitablement indemnisée par l'allocation d'une somme de 15.000 francs.

Dans sa note, M. Voirin s'élève contre cette décision de la Cour de Dijon ; cette dernière considère l'enrichissement comme dépourvu de cause juridique, n'ayant pour fondement ni un contrat de louage de services, ni une donation de travail ; pour M. Voirin, au contraire, la cause réside dans l'espoir du mariage et, par suite, si le mariage ne s'accomplit pas, sont applicables les règles du paiement de l'indu, comme pour toutes les libéralités qui ont été faites sous la condition implicite : *si nuptiæ sequuntur* (38). Cet auteur objecte, par surcroît, que l'enrichissement actuel du défendeur doit être seul considéré par les juges ; en ce qui concerne les prestations en travail — ce qui est le cas dans le jugement visé —, elles seraient pour ainsi dire impossibles à évaluer et, par suite, entraîneraient en la matière le rejet de l'action de *in rem verso* ; elles ne corres-

(38) En réponse à cette objection, M. Demogue, dans la Revue trimestrielle de Droit civil, 1928, p. 423, n° 12, déclare que, dans le cas présent, s'il y a bien intention libérale, il n'y a pas libéralité « sous la condition *si nuptiæ sequuntur* », comme dans le cas du paiement d'une dot ; il y a libéralité dans l'espoir du mariage, ce qui est différent.

Quoi qu'il en soit, on peut considérer que l'intention libérale ne suffit pas par elle-même pour donner un fondement certain et une base légitime à l'enrichissement.

pondraient pas, en effet, à une augmentation de valeur continue et extérieure du patrimoine de l'enrichi. Toutefois, si l'on ne doit considérer la plus-value des biens du défendeur qu'au moment où est intentée l'action en justice, on doit tenir compte de l'utilité du travail du demandeur basée sur les indemnités que le défendeur aurait été obligé de payer à un autre salarié...

Il est vrai qu'en parallèle avec le travail fourni par la concubine, on peut mettre le bien-être dont elle a été entourée au cours de la vie commune, ce qui, aux yeux de certains juges, suffit à compenser les services rendus. Un arrêt de la deuxième Chambre de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1932 (39) décide très nettement en ce sens : une demoiselle D... avait vécu, pendant 45 ans, avec un sieur F..., collaborant avec lui de façon active et participant à l'exploitation d'un fonds de commerce ; tous deux décédèrent, la femme le 6 janvier 1928 et son concubin moins de trois mois après. Les consorts D... intentent contre les héritiers du sieur F... une action en liquidation et partage de la succession de ce dernier, se basant sur l'existence d'une société de fait qui aurait existé entre les deux associés ; subsidiairement, « dans une sorte de position de repli », ils intentent l'action de *in rem verso,* en vertu de laquelle ils demandent le paiement de la somme de 360.000 francs « représentant à raison de 8.000 francs par an les salaires qui seraient dus à la demoiselle D... ». Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 21 janvier 1931 déboute les consorts D... de leur demande, mais ils font appel ; la Cour ne fait que confirmer sur les conclusions, tant principales que subsidiaires, la première décision : elle a fait sienne l'appréciation des juges du tribunal qui ont justement estimé que les services, d'ordre commercial, que la susnommée a pu rendre au sieur F... peuvent avoir été compensés « par le bien-être et le confort dont la prospérité grandissante de son entreprise a permis à F... de l'entourer » ; ils estiment que les avantages correspondent à la rétribution de son travail ; or, c'est là une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges mais qui n'implique nullement le rejet, en matière de concubinage, de la notion d'enrichissement injuste dont le principe est en quelque sorte admis implicitement (40).

(39) Paris, 22 mai 1932, Sem. Jur. 1933, p. 1117.
(40) Cf. note sous Paris, 22 mai 1932, précité.

Cette manière de voir n'est d'ailleurs pas unanime comme le prouve l'étude d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix (41), postérieur de quelques mois et intéressant à plus d'un point de vue. En 1910, un sieur P..., ouvrier maçon âgé de 25 ans, et une dame de G..., âgée de 36 ans, tous les deux encore engagés dans les liens du mariage, « décidèrent de vivre maritalement » ; ils s'installèrent en divers lieux, la femme suivant son concubin partout où il était obligé de se rendre pour chercher du travail ; ils s'arrêtèrent finalement à Baccara, où le sieur P... monta une entreprise de maçonnerie qui prospéra, mais, en 1927, sans autre motif que le désir de changer de maîtresse, le sieur P... chassa la première concubine de son foyer, la laissant brusquement sans aucune ressource, alors que son état de santé et son âge ne lui permettaient de subvenir que difficilement à ses besoins. Quelques mois après, la dame de G..., se basant sur la « rupture d'une promesse de mariage » et sur l'abandon dont elle avait été l'objet après plus de seize ans de vie commune, intenta une action contre P... afin de lui réclamer une indemnité ; de plus, elle soutenait qu'ayant pris part aux travaux de P... et à la conduite de son industrie, elle s'était trouvée en état de société de fait avec lui, que sa collaboration avait contribué à l'enrichissement de son amant et qu'elle était ainsi en droit d'exercer contre lui l'action de *in rem verso.*

Par jugement en date du 25 juillet 1932, le Tribunal de Marseille (42) donna suite à sa demande, déclarant en outre « ...que si le concubinat ne peut créer une communauté de biens, il peut, lorsqu'il s'accompagne de soins, de dévouement et d'une collaboration effective, créer entre les parties des droits et des obligations génératrices de responsabilité en cas de manquement grave ou d'abandon injustifié motivant par la suite un règlement d'intérêts communs en dehors même des dispositions de l'article 1382, ...que le concubin qui s'est enrichi du travail de l'autre ne peut légitimement prétendre conserver par devers lui le produit de cet enrichissement, mais est tenu de faire participer son concubin à l'ensemble des bénéfices réalisés ». Le sieur P... ne manque pas d'interjeter appel et la Cour d'Aix, dans un arrêt en date du 28 décembre 1933, réforma sur certains points le jugement précédent qui paraissait voir dans

(41) Aix, 28 décembre 1933, D. 1935.2.41, note Nast.
(42) Sem. Jur. 1934, p. 382.

le concubinat un « mariage de seconde zone », distinct de l'autre « par la dispense de quelques formalités » mais susceptible aussi bien que lui « d'engendrer des obligations civiles sanctionnées judiciairement sinon légalement ». Mais si la Cour se refuse à suivre le Tribunal dans une telle voie, elle admet cependant, et ceci contrairement à la décision précitée de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1932, qu' « en ce qui concerne la société de fait pouvant exister entre concubins et l'action de *in rem verso,* la collaboration de l'un des concubins aux affaires de l'autre est susceptible de faire naître un droit à son profit sur les biens acquis en suite de cette collaboration. Par voie de conséquence, est confirmé le jugement de Marseille « ...en ce qui concerne la possibilité de l'existence entre concubins d'une société de fait et de l'application en pareil cas des principes régissant l'action de *in rem verso* » ; de ce fait, la dame de G... se trouve autorisée à rapporter la preuve « que pendant toute la durée de la vie commune elle lui (au sieur P...) a rendu, dans l'exploitation de diverses entreprises, des services de toute nature, collaborant avec lui sur le pied d'égalité et sans toucher aucune rémunération ; que cette collaboration a été particulièrement fructueuse et a permis aux deux parties de réaliser des économies importantes ».

Nous avons étudié, préalablement, les conditions nécessaires pour l'exercice de l'action de *in rem verso* ; elles se trouvaient réunies dans le cas présent ; il est vrai qu'on pourrait objecter, en prenant pour base la décision antérieure de la Cour de Paris, que si le sieur P... s'est réellement enrichi, les prestations fournies par la dame de G... n'ont nullement appauvri cette dernière ; elle en trouvait l'équivalent dans l'amélioration apportée par son concubin dans l'entretien de la vie commune grâce à l'augmentation de revenus. Certains auteurs ne manquent d'ailleurs pas de comparer la situation avantageuse faite au concubin à celle faite par exemple au fermier qui améliore les terres qu'il a prises à bail et à la personne qui construit ou entretient un canal dont profitent les autres riverains et qui se voient refuser l'exercice de l'action de *in rem verso* « parce que l'un et lautre font les dépenses en vue d'un avantage personnel qu'ils escomptent en retour, dans des conditions connues d'eux ». Si, dans le cas du concubinage, les tribunaux ont, en général, tenu compte de ce bien-être pour diminuer l'indemnité, cette dernière n'en est pas moins déclarée due comme

correspondant à la somme qu'un individu aurait été obligé de payer à un étranger.

Bien entendu, la demande exercée par la concubine porte sur une créance de somme d'argent et n'est pas un droit sur les biens communs, comme semblerait d'ailleurs l'indiquer l'arrêt de la Cour d'Aix qui paraît faire une confusion en parlant de la naissance, au profit de la dame de G..., d'une action « sur les biens acquis en suite de sa collaboration » ; or, peut-il s'agir d'un partage alors que le but de l'action de *in rem verso* est le remboursement de la partie lésée et non la répartition entre elle et celui qu'elle a enrichi des biens dont ce dernier a été bénéficiaire ? *A fortiori,* ne saurait-il être question d'une sûreté, la créance n'étant nullement privilégiée. L'arrêt de la Cour d'Aix est, il est vrai, assez équivoque et, comme le fait remarquer très justement Nast dans sa note, il a commis une erreur manifeste en déclarant l'action de *in rem verso* recevable : « ...L'action de *in rem verso* est une action subsidiaire qui ne peut être exercée qu'à défaut de toute autre voie de droit (43) ; or, dès l'instant qu'il y a société de fait, la concubine a à sa disposition l'action *pro socio,* laquelle rend inutile l'action d'enrichissement sans cause ; d'autre part, cette dernière ne peut lui permettre d'obtenir qu'une indemnité en argent égale au profit procuré, tandis que l'action *pro socio* doit lui faire obtenir un partage en nature des biens communs ; il n'est donc pas indifférent pour la concubine que son action soit l'action sociale ou l'action de *in rem verso* ». Dans le cas présent, la dame de G... invoquait en premier lieu l'existence d'une société de fait ; les conditions exigées pour que celle-ci soit retenue existaient-elles ? Y avait-il, en particulier, intention de partager les bénéfices ? Si oui, était dès lors recevable une action *pro socio* et, par suite, il y avait lieu à liquidation de la société de fait ayant existé entre les deux individus.

Un autre arrêt de la Cour de Paris, en date du 15 juin 1939 (44) constate que, bien qu'il soit difficile d'apprécier dans quelle mesure le travail personnel de la concubine a effectivement ajouté aux béné-

(43) Civ. 2 mars 1915, D.P. 1920.1.102.

(44) D.H. 1939.409.

fices du fonds de commerce tout au long de la vie commune, lorsque son ami a été mobilisé, celle-ci a assuré le fonctionnement de ses deux fonds de commerce sans que rien l'y ait obligée. Le concubin peut donc s'enrichir, soit en économisant le salaire d'un employé, soit en profitant de la prospérité résultant de l'action de la concubine ; corrélativement à cet enrichissement et trouvant sa source dans le même fait, un appauvrissement doit pouvoir être prouvé par la concubine. Les iribunaux peuvent se montrer plus ou moins stricts dans l'appréciation de cet appauvrissement et, à ce sujet, il est intéressant de reprendre l'analyse de l'arrêt de la Cour de Paris du 15 juin 1939.

Les juges ont estimé que, pour la plus grande période du concubinage, il n'était pas démontré que la concubine se soit sûrement appauvrie car « rien ne prouve qu'elle eût trouvé ailleurs un autre emploi équivalent, du moins par la stabilité, à celui qu'elle détenait et par lequel son existence a été, en tout cas, assurée pendant plus de vingt ans » ; en revanche, lorsque son ami a été mobilisé, la concubine, que « la séparation forcée incitait plutôt à reprendre sa liberté afin de se procurer une situation personnelle », s'est réellement appauvrie, d'autant plus qu'il était facile de trouver une situation à cette époque. Cet arrêt, par la distinction qu'il fait selon le rôle de la concubine dans l'entreprise, montre bien que l'appauvrissement de celle-ci est tout relatif ; en effet, il se peut que le défaut de salaire soit compensé par les avantages en nature que tirait la concubine de sa situation.

C'est ce que souligne également un récent jugement du Tribunal de la Seine (45), en date du 8 juin 1960, selon lequel l'ex-concubine n'apporte pas la preuve que l'enrichissement procuré au défendeur a entraîné à son préjudice un appauvrissement corrélatif, s'il est établi que, pendant toute la durée du concubinage, elle a été entretenue par son concubin comme aurait pu l'être une épouse légitime dont cependant l'actilvité n'est que rarement rémunérée alors même qu'elle s'exerce sur un fonds appartenant en propre à son mari. Cette décision saisit d'ailleurs l'occasion de rappeler que : « ...l'action fondée sur l'enrichissement sans cause est la seule qui puisse

(45) D. 1960, Somm. 125.

permettre à une concubine d'obtenir de son concubin, après rupture de leurs relations, le paiement d'une somme d'argent pour avoir contribué par son activité à la prospérité du fonds de commerce exploité par le défendeur, dès lors qu'elle ne peut invoquer ni l'existence d'une société de fait dont les seules relations de concubinage ne sauraient faire preuve, ni la qualité de gérant d'affaires puisque l'activité dont elle se prévaut s'est exercée essentiellement dans son propre intérêt, qu'aucune faute n'est prouvée à l'encontre du concubin et qu'enfin il ressort des éléments de la cause que les parties n'ont jamais été liées par aucun contrat ».

« Toute peine mérite salaire », dit le proverbe, et la concubine, qui a prêté son concours à l'exploitation de son ami, ne doit pas constituer une exception, du moins lorsque son activité régulière est restée indépendante des relations illicites entre les concubins. La jurisprudence ne s'est cependant pas laissée entraîner par le libéralisme excessif que nous avions relevé dans ses décisions sur la société entre concubins ; elle a bien compris que la concubine ne peut être une employée ordinaire ; le fait de la cohabitation intervient pour limiter la rémunération qui doit lui être allouée en espèces car elle a retiré du ménage commun des avantages matériels quelquefois considérables.

Cette protection des intérêts patrimoniaux de la concubine, pour nécessaire qu'elle soit, ne saurait cependant faire oublier que les tiers sont aussi affectés par le phénomène social que constitue le concubinage. Trop accorder à la concubine, ne serait-ce pas préjudicier aux intérêts légitimes de ces tiers et permettre bien des fraudes ? Comment concilier ces deux points de vue ?

*
* *

CHAPITRE II

Valeur et portée des différents systèmes de liquidation

L'étude de plusieurs décisions importantes vient de nous montrer une certaine tendance de la jurisprudence à élargir le champ d'application de la notion d'enrichissement injuste. Il convient maintenant de se demander si cette solution respecte à la fois les intérêts des parties et ceux des tiers et si, par suite, elle doit être préférée à l'idée de société, par exemple. C'est ce que nous allons nous efforcer de préciser en nous plaçant successivement en face des intérêts des concubins et en face de ceux des tiers.

La première Section qui envisage donc le problème sous l'angle de l'intérêt des concubins sera très brève, car il nous paraît... légitime de consacrer désormais l'essentiel de notre étude à la protection due aux tiers.

Section I

EU EGARD A L'INTERET DES CONCUBINS

Deux personnes décident de vivre en concubinage et de réunir les produits de leur travail ; les revenus qu'elles retirent de cette col-

laboration leur permettent d'assurer l'existence du ménage et de faire quelques économies ; il n'y a plus évidmment qu'une masse de biens car tout est confondu. Devant ce fait matériel, si l'on n'envisage tout d'abord que la sauvegarde des intérêts de chacune des parties, quelle base doit-donner à la liquidation de cette association ? Il faut en premier lieu — nous l'avons vu — écarter comme injuste la solution qui permettrait au concubin détenteur des biens de la communauté de se baser sur l'immoralité du concubinage pour conserver des biens qui ne lui appartiennent pas intégralement ; celui qui garderait ainsi les biens de sa compagne n'a pourtant pas hésité à profiter des avantages de la vie commune et, à ce moment-là, il n'arguait pas du caractère honteux de la communauté d'existence ; il serait donc anormal que ses seuls intérêts soient sauvegardés au détriment de ceux de l'autre partie.

L'étude de la jurisprudence montre un désaccord certain entre les diverses solutions données au problème posé : un certain nombre de décisions fait application de la théorie des sociétés de fait, considérée comme la plus favorable à chacun des concubins ; aucun de ceux-ci ne pourra profiter de la situation illégale pour s'approprier les biens du ménage et méconnaître ainsi les droits de son compagnon et ceux des tiers. Mais, en réalité, il manque très souvent à cette société un des éléments essentiels nécessaires à son existence : la recherche des bénéfices ; l'homme et la femme ont bien décidé de vivre ensemble, d'habiter la même maison, de consacrer à leur ménage le produit de leur travail, mais ils n'ont pas eu l'intention de partager les bénéfices qu'ils réalisaient comme ils l'auraient fait en cas d'existence d'une société. Peut-être les tribunaux ont-ils évité par là bien des injustices mais rien ne justifie le partage par moitié lorsque les conditions nécessaires pour l'existence d'une société ne sont pas réunies ; cette façon de mettre fin à la situation créée par la vie en commun en arrive à assimiler l'union libre au mariage, non plus seulement pour les rapports des concubins entre eux et vis-à-vis des enfants, mais aussi eu égard à leur situation patrimoniale. Or, « l'union libre — comme le rappelait M. Lalou (1) — n'est qu'un simple état de fait, à la différence du mariage qui est un contrat assorti d'effets légaux ».

(1) « L'union libre devant la loi et la jurisprudence ». Correspondant du 10-12-1929.

Il est vrai que ne pas reconnaître l'existence d'une société risque peut-être de causer une injustice en ne donnant rien à celui qui aura enrichi l'autre par son travail : aucunement, car certaines décisions admettent les concubins à justifier de la confusion de leurs biens et à procéder à une liquidation qui, ayant son fondement dans le principe de l'enrichissement injuste, respecte les intérêts des concubins et ne favorise aucune des deux parties ; elle permet, en effet, à l'un ou à l'autre de reprendre en propre les économies qu'il a faites au cours de la vie commune ainsi que les bénéfices qu'il a pu réaliser, le tout évidemment sous réserve qu'il puisse en prouver le caractère strictement personnel ; dans le cas contraire, l'étude de la jurisprudence montre que les tribunaux ont toujours été favorables à une rémunération donnée au concubin qui a été privé des gains qu'il aurait pu obtenir chez un étranger ; par esprit de justice, il est indemnisé tant du manque à gagner que du fruit de son active collaboration. Cette solution, la plus juste, est également celle qui apporte le plus d'avantages aux parties en les dispensant de prouver l'existence d'une société de fait.

Section II

EU EGARD A L'INTERET DES TIERS

Si l'intérêt des parties est sauvegardé, on peut se demander alors si la solution, par exemple, de l'enrichissement injuste est susceptible de protéger les tiers d'une façon assez efficace, si elle est capable de leur apporter les garanties et les sauvegardes désirables et si, par suite, elle doit être préférée à l'idée de société de fait. Pour répondre à cette question, il faut déterminer d'une manière précise les intérêts susceptibles de surgir et de se révéler à l'égard, tant de l'association de biens du faux ménage qu'à celui du fonds de commerce exploité par les deux concubins ; nous verrons ensuite quels sont les moyens de protection mis à la disposition des tiers dans un cas comme dans l'autre.

Tout d'abord, la notion d'enrichissement sans cause est-elle suffisante comme fondement de la protection des tiers — tant des

créanciers sociaux que des membres de la famille légitime ? Il semble que l'on puisse répondre par l'affirmative. Alors que les créanciers personnels des concubins ont toujours pour gage les biens personnels de leur débiteur, les autres créanciers — ceux que l'on pourrait, s'il y avait société, qualifier de « sociaux » — ont la possibilité d'exercer leurs droits sur les biens communs ; ils peuvent d'ailleurs recourir aux moyens que leur fournit la loi pour conserver leur gage et faire tomber les actes passés en fraude de leurs prérogatives, par application des articles 446 et 447 du Code de commerce et de l'article 1167 du Code civil : « ...attendu, — précise, en effet, un arrêt de la Cour de Douai du 23 juillet 1931 (2) — que vainement les premiers juges ont fait valoir cette considération que l'on ne saurait admettre que M.... fit disparaître son actif au profit d'un associé occulte, que s'il apparaissait qu'il eût fait des actes de nature à se rendre insolvable au détriment de ses créanciers, il appartiendrait à ceux-ci de faire tomber ces actes soit par application des articles 446 et 447 du Code de commerce, soit en exerçant l'action de l'article 1167 du Code civil ». Sans avoir recours à la théorie de la société de fait, les créanciers sont ainsi protégés contre les actes frauduleux de leurs débiteurs aux abois qui cherchent, soit à faire des opérations douteuses pour se procurer de l'argent, soit même à avantager certains de leurs créanciers dont ils espèrent obtenir un nouveau concours ou désarmer la clairvoyance.

Outre les moyens mis à la dispositions des créanciers ordinaires, les tribunaux (3) s'accordent à reconnaître certains avantages aux créanciers des concubins qui se sont présentés aux tiers comme des gens mariés ; ce faisant, ils ont dupé ceux qui leur accordaient confiance et créé des apparences trompeuses, dont ils doivent réparer les conséquences ; ayant engagé leur responsabilité, ils sont tenus du préjudice qu'ils ont causé à leurs créanciers, véritable quasi-délit dont ils sont responsables sur leurs biens. En effet, pourquoi tel ou tel créancier a-t-il fait, par exemple, une avance à la concubine ? Parce qu'il croyait avoir affaire à une femme mariée et que son crédit était fondé sur les ressources de ce qu'il croyait être un véritable ménage. Cette responsabilité délictuelle était confirmée par l'arrêt précité de

(2) La Loi du 9 décembre 1931.

(3) Trib. civ. Seine, 10 décembre 1901, D.P. 1902.2.133 ; Trib. civ. Nice, 29 octobre 1909, D.P. 1910.2.216 ; Orléans, 3 juillet 1908, Gaz. Pal. 1908.2.518.

la Cour de Paris du 23 juillet 1932 (3 bis) car, comme le remarquait M. Savatier — dans sa note sous un jugement du Tribunal civil de la Seine du 3 mai 1922 (3 ter) — : « ce qui doit régler la situation des tiers, c'est la théorie de l'apparence. Si donc au lieu de mettre leur entreprise sur la tête d'un seul, les concubins s'étaient présentés comme associés, il va sans dire que les tiers pouvaient les tenir pour tels. De même, cas fort pratique, lorsque les concubins ont fait figure de gens mariés, les créanciers, trompés par cette apparence, pourront exercer contre le concubin des droits qu'ils auraient eu contre le mari, si cette apparence avait été exacte ». Ce principe résulte de l'article 1382 du Code civil qui veut « que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Les concubins, en se faisant passer pour de véritables époux, ont trompé les tiers ; ils doivent réparer le préjudice causé par eux et peuvent, par suite, être condamnés solidairement à cette réparation.

Quelle sera, d'autre part, la situation des membres de la famille légitime de l'un des concubins ? Loin de diminuer les avantages que leur accorde la théorie de la société de fait, l'enrichissement injuste, pris comme base de la liquidation des biens entre concubins, améliore la situation patrimoniale des parents du concubin adultère. Envisageons le cas où le concubin adultère décède, laissant, outre sa compagne, des héritiers légitimes : ces derniers, mis en possession des biens du défunt, voient se présenter la concubine qui réclame sa part d'héritage ; si elle peut prouver l'existence d'une société, cette dernière est dissoute suivant les règles qui lui sont particulières ; dans le cas contarire, indépendamment d'une indemnité forfaitaire fixée par le tribunal, la concubine ne pourra reprendre que ses biens propres et encore les héritiers légitimes pourront-ils exiger qu'elle prouve qu'elle en est la véritable propriétaire. Il en est, d'ailleurs, de mê-

(3 bis) Gaz. Pal. 1932.2.423.

(3 ter) D. 1924.2.9.

me, si elle a accaparé, immédiatement après la mort, les biens du concubin, les héritiers pouvant exiger d'elle la même preuve ; elle devra alors prouver que sa possession présente les conditions de l'article 2229 du Code civil et, en particulier, qu'elle n'est nullement équivoque. Au cas où elle ne pourrait pas le faire, la présomption de l'article 2279 du Code civil ne pourrait jouer, la concubine n'aurait plus de juste possession protégée par la loi et, en conséquence, les héritiers légitimes reprendraient les biens qui auraient dû normalement leur revenir. Cette situation ne semble-t-elle pas préférable à celle qui consiste à procéder à un partage des biens par moitié, enlevant ainsi à la famille légitime une partie du patrimoine auquel elle a droit ? Ainsi, le tribunal peut, dans le cas de l'enrichissement injuste, proportionner la part revenant à la concubine au produit du travail qu'elle a fourni.

Si, en revanche, on admet la théorie de la société de fait, deux hypothèses se présentent : le faux ménage peut vivre de ses biens personnels, augmentés des gains et salaires de chacun des concubins ou, au contraire, exploiter un fonds de commerce, se livrer à des opérations commerciales dont les bénéfices reviennent à la « communauté ». Envisageons la première hypothèse et supposons deux individus — un homme et une femme — qui décident de vivre ensemble ; l'actif de leur association sera, en premier lieu, constitué par leurs apports personnels, c'est-à-dire par ce qu'ils avaient au moment de l'entrée en ménage ; il comprendra, de plus, tout ce qu'ils ont gagné au cours de la vie commune, en particulier le montant de leurs salaires. La composition exacte de cet actif est intéressante à déterminer car elle n'est pas sans toucher un certain nombre de personnes qui, à un titre ou à un autre, ont besoin de connaître la garantie précise de leurs droits : il y a, d'une part, tous les créanciers qui ont traité avec l'un ou l'autre des concubins et qui veulent faire régler leur créance, soit au cours de l'association existant entre les deux parties soit, postérieurement à sa dissolution, au moment de la liquidation ; d'autre part, les membres de la famille légitime d'un concubin ne sont pas sans revendiquer leurs droits à son égard, lors de son décès, et tendent à faire prévaloir leur point de vue à l'encontre des étrangers et, en particulier de l'autre concubin.

Pour la réalisation pécuniaire de leurs droits et pour obtenir les sommes d'argent qui peuvent leur être dues, les créanciers person-

nels de chacun des concubins étant des créanciers originaires, disposent des mêmes avantages que ceux-ci ; ils ont un droit de gage sur l'ensemble du patrimoine du débiteur et, par suite, ont le droit de faire servir sa valeur à l'acquittement de leur dette. Ils peuvent naturellement recourir aux divers moyens d'exécution ainsi d'ailleurs qu'aux procédés de préservation du gage général de l'article 2092 ; sous les conditions ordinaires, ils peuvent contraindre le concubin débiteur à vendre un de ses biens et saisir ainsi le prix fourni par l'acquéreur. Bien entendu, il leur reste également la faculté, conformément à l'article 1166 du Code civil et ce, jusqu'à complet désintéressement, « d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne » en outre, il est toujours possible aux créanciers, en vertu de l'article 1167, « d'attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits ».

De plus, les créanciers de fournitures ménagères livrées aux concubins disposent d'un gage spécial ; ils pourront obtenir une condamnation solidaire contre les deux concubins ; le « fournisseur pourra poursuivre immédiatement et ensemble les deux membres du faux ménage auxquels ont été livrées les fournitures impayées, sans avoir à intenter auparavant et contre la concubine une instance qui risquerait non seulement de lui faire perdre du temps, mais de rester totalement infructueuse, au cas où la solvabilité de la concubine ne permettrait pas d'exécuter le jugement obtenu ; et ayant ainsi une condamnation solidaire contre les deux concubins, le fournisseur va pouvoir se faire désintéresser intégralement par celui des deux qu'il voudra » (4). Le principe de la condamnation solidaire qui constitue un renforcement très net de la protection accordée au créancier de fournitures résulte de divers jugements et arrêts. Citons, entre autres, deux décisions particulièrement significatives : la première est un jugement du tribunal de paix du XIII^{me} arrondissement de Paris du 5 décembre 1913 (5) qui s'exprime en ces termes : « ...attendu que X.... et Y... ont emménagé tous les deux le même jour, dans le même logement, rue de Patay, qu'ils se sont présentés comme mari et femme ; qu'ils se qualifient réciproquement de mari et femme ; que, pre-

(4) René Jourdain : *Les faux ménages,* Thèse Lille, 1932, p. 58.
(5) La loi du 17 décembre 1913.

nant la qualité d'époux pour recueillir les bénéfices d'une situation honorable, il serait absolument immoral de ne pas leur imposer les devoirs que cette situation entraîne en avouant cyniquement qu'ils ont sciemment trompé le public, qu'il en résulte que Y..., en traitant sa concubine du nom d'épouse, a trompé les tiers par les manœuvres mensongères et dolosives et que c'est à raison de cette faute qu'il est tenu, tant en son nom personnel que comme civilement responsable, de celle qu'il appelle quotidiennement sa femme ».

Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris (6) confirme cette jurisprudence : « ...considérant — dit cet arrêt — que le Tribunal civil de Meaux a, par jugement du 9 décembre 1931, condamné les appelants à verser *in solidum,* à la Société Jean Patou, une somme de 125.386 francs restant due sur celle de 209.886 francs montant de fournitures faites par ladite Société à la demoiselle R..., du mois d'octobre 1929 au mois de janvier 1931 ; ...considérant que les appelants prétendent, comme ils l'avaient fait en première instance, que n'étant pas mariés, il n'y aurait aucun lien de droit entre eux, et que, par suite, le Sieur S... ne devait pas être condamné pour des fournitures faites à M^lle^ R... ; ...mais considérant que la responsabilité du sieur S... ne saurait être contestée ; qu'en effet la demoiselle R..., habitant avec lui, l'appelait dans sa correspondance « mon mari », « mon époux », signant ses lettres « Y. S... », qu'ils se donnaient tous deux comme mari et femme ; qu'en faisant passer sa concubine pour sa femme, le sieur S... était en faute à l'égard des fournisseurs, qu'en définitive de tels actes ainsi que l'a exactement apprécié le Tribunal, obligaient chacun des appelants au paiement total des fournitures ; qu'il y a lieu par suite de maintenir la décision entreprise sur ce point ».

Ces décisions montrent la responsabilité qu'entraîne pour le concubin le fait d'admettre que sa concubine se conduise à l'égard de tous comme sa femme légitime, qu'elle porte par exemple son nom ou qu'elle fasse des achats en tant que telle. Cette jurisprudence — il est facile de le voir — trouve son fondement dans les articles 1382 et 1383, relatifs à la responsabilité, mais si ce droit de gage spécial n'est réservé qu'aux créanciers de fournitures ménagères, tous les créanciers n'en possèdent pas moins, outre le droit de gage général

(6) Paris, 23 juillet 1932, Gaz. Pal. 1932.2.423.

sur tous les biens du concubin débiteur, la faculté de participer à la liquidation de la société ou de l'association ayant existé entre les concubins en se faisant rembourser sur la part qui revient à leur débiteur dans le partage des biens. Il est vrai que, pour pouvoir bénéficier de cet avantage, il leur faut apporter les preuves suffisantes de l'existence de l'association en participation ou de la société de fait.

Les intérêts des créanciers ne manquent pas — nous le voyons — d'être protégés mais, à côté de ceux-ci, il y a également ceux de la famille légitime ; sont-ils défendus d'une manière aussi efficace et jouissent-il des mêmes protections ? Les membres de la famille peuvent évidemment intervenir mais, le plus souvent, cette intervention, pour être efficace, ne doit avoir lieu qu'au décès du concubin adultère. Ce seront, par exemple, ses descendants légitimes qui revendiqueront tel ou tel objet ou plutôt une partie de la succession dont ils s'estiment injustement dépouillés au profit d'une personne qui n'est pour eux qu'une étrangère ; cette dernière invoquera, au contraire, les droits qu'elle détient du défunt et qui s'opposent à ce qu'elle abandonne des biens dont elle s'estime moralement propriétaire. Inversement, les héritiers légitimes, en l'absence de testament, pourront avoir à défendre leur part d'héritage contre celui ou celle qui a collaboré avec leur parent et prétend recueillir sa succession.

La jurisprudence admet en général la production, pour le demandeur, de la preuve d'une société ou d'une association qui servira de base à la liquidatinn des intérêts des deux concubins : « ....attendu — dit le jugement précité du Tribunal civil d'Etampes du 3 janvier 1933 (7) — que l'attribution aux héritiers V... de la totalité du mobilier composant la succession de V... constituerait pour ses héritiers un enrichissement sans cause, mais qu'il leur appartient de revendiquer spécialement les meubles et objets mobiliers qui constitueraient pour eux des souvenirs de famille ayant le caractère de biens propres à V... ». Outre les souvenirs de famille ayant le caractère de biens propres, les héritiers légitimes auront souvent droit à une partie des produits de l'association, fixée par les juges.

Supposons maintenant que les deux concubins tirent leurs ressources de l'exploitation commune d'un fonds de commerce qui n'est

(7) Gaz. Pal. 1933.1.683 ; Journ. Soc. 1935.373.

inscrit sur le registre qu'au nom d'un seul d'entre eux, ou encore que l'association soit bénéficiaire d'opérations commerciales auxquelles se livrait l'un des concubins ; qu'adviendra-t-il en cas d'insolvabilité du titulaire du fonds, en cas — par exemple — de faillite ? Quel sera le sort des divers créanciers ? Comme lorsque les concubins tiraient leurs ressources de leurs gains et de leurs économies, plusieurs catégories de personnes se trouvent intéressées à la situation : en premier lieu, les « créanciers sociaux » qui invoqueront leur droit de gage général sur l'universalité des biens du faux ménage ; en outre, les représentants légitimes de la famille du concubin mis en faillite et incapable de payer ses dettes, chercheront à faire retomber celles-ci sur l'autre concubin.

Si les créanciers sociaux peuvent arriver à prouver que la société existant entre les concubins est une association en participation, c'est cette dernière qui servira de base à la liquidation des intérêts du faux ménage. Celui qui a traité avec le gérant de l'association aura, par suite, des droits sur l'avoir de la société si le gérant en est propriétaire, ainsi que sur son patrimoine personnel ; bien entendu, les créanciers ne pourront obetenir de condamnation solidaire et n'auront aucun gage sur les biens personnels de l'autre concubin, si ce dernier est resté étranger aux actes passés par le gérant ; « ... il ne pourra être tenu personnellement vis-à-vis des tiers que si ceux-ci apportent contre lui la preuve soit d'une approbation ou d'une ratification des engagements de l'association, soit d'une immixtion dans les affaires sociales, soit d'un engagement pris par lui conjointement avec l'autre concubin » (8). Tout au contraire, lorsque les créanciers prouvent l'existence d'une société de fait, leur gage s'étendant tant aux biens sociaux qu'aux biens personnels de l'un et de l'autre concubin, il leur sera facile d'obtenir une condamnation solidaire contre les deux parties dont ils pourront faire prononcer, par le tribunal, la faillite personnelle. Il en est, d'ailleurs, de même des membres de la famille légitime d'un des concubins : ils possèdent la faculté de se retourner contre l'autre partie et de faire reconnaître sa responsabilité solidaire pour le paiement des dettes.

(8) R. Jourdain, *Les faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime,* Thèse Lille, 1932, p. 78.

La protection des tiers apparaît donc, à première vue, très large : en réalité, leur droit de gage est beaucoup moins étendu ; la jurisprudence (9) fait concourir, en effet, sur l'actif de la société de fait non seulement les « créanciers sociaux », mais aussi les créanciers personnels de chacun des concubins et les premiers ne peuvent réclamer, au préjudice des autres, un droit de préférence sur le montant d'un patrimoine dont la valeur diminue d'autant. Cette solution est évidemment un véritable danger pour les créanciers sociaux : « à vouloir trop protéger, on méconnaît certains droits » (10) car, comme le remarque M. Savatier dans sa note précitée, « il est juste que les créanciers du concubin titulaire de la fortune soient seuls admis à la comprendre dans leur gage » ; sinon, à supposer que les tiers ne connaissent qu'un des concubins dont ils savent la situation irrégulière, ils auront tendance à lui accorder un crédit disproportionné avec ses moyens personnels, fondant leurs avances sur les moyens pécuniaires qu'ils présument à la disposition du faux ménage. Ce dernier disposerait ainsi d'avantages nullement prévus par la loi et qui lui permettraient de trouver un crédit équivalent et même parfois supérieur à celui d'un ménage régulier. Pourquoi alors ne pas limiter le droit de gage du créancier personnel de l'un des concubins aux biens personnels de ce dernier ? Sachant la confiance qu'il peut avoir en lui, il ne lui consentirait que des prêts proportionnés à son état de fortune : s'il lui faisait des avances inconsidérées, il pourrait être remboursé, mais, en vertu du droit de préférence des créanciers sociaux sur l'ensemble du patrimoine du faux ménage, il n'obtiendrait ce remboursement que s'il y avait un excédent d'actif dans la liquidation des biens et des dettes communes, une fois que tous les créanciers sociaux auraient été désintéressés.

Le but des tribunaux a certainement été d'éviter les injustices et même de les réparer ; pour atteindre ce résultat, il leur est souvent arrivé de recourir à la théorie de la société de fait qui permet de déclarer la responsabilité solidaire des deux co-associés et d'empêcher ainsi l'un ou l'autre de frustrer ses créanciers en faisant disparaître tout l'actif de l'association au profit d'un associé occulte. On peut se

(9) Notamment Civ. 13 février 1855, D.P. 1855.1.308 ; Grenoble, 28 décembre 1871, D.P. 1872.2.206 ; 11 juillet 1873, D.P. 1874.2.167 ; Civ. 7 août 1893, D.P. 1898.1.102 ; Nancy, 10 décembre 1924, D.P. 1925.2.95.

(10) R. Jourdain, ouvrage précité, p. 86.

demander si l'intérêt des tiers est assez important pour que les tribunaux parviennent, en quelque sorte, à élever le concubinage au rang du mariage... (11). D'ailleurs, selon un article de Nast (12), les deux états tendent de plus en plus à se rapprocher, tandis que l'un, « le mariage légal va sans cesse en se dégradant par suite de la faillite des divorces et du développement de la poylandrie et de la polygamie, en même temps que des progrès du féminisme intégral,.... l'union libre s'élève au rang de mariage sans en avoir les inconvénients, elle s'établit librement, elle se dissout non moins librement, les charges fiscales sont moins lourdes et, en fait, l'homme y exerce sa suprématie, du moins dans la classe ouvrière et paysanne ».

Les intérêts, tant des créanciers que de la famille légitime, peuvent être sauvegardés d'une autre manière et la jurisprudence ne doit pas en être réduite à reconnaître partout et toujours des sociétés de fait, ce qui arrive même, le plus souvent, en l'absence d'un des caractères spécifiques de tout contrat de société, en particulier « la poursuite volontaire et concertée d'un but commun, consistant dans la réalisation d'un bénéfice à partager ». Fréquemment, les deux concubins se décident à vivre ensemble et à consacrer à la vie de leur ménage les revenus d'un fonds de commerce ou leurs gains et salaires mais, très rarement, ils manifestent l'intention de fonder une véritable société. Pourquoi, dès lors, créer à leur profit et indépendamment de leur volonté un véritable statut qui risque d'ailleurs, nous l'avons vu, d'être injuste pour certains créanciers ?

Nous allons rencontrer maintenant une application particulière de la société invoquée par les tiers, au sujet des clauses de non rétablissement ; l'analyse de deux décisions va nous montrer, en effet, à quelles fraudes les concubins peuvent se livrer et les deux manières dont le lien social peut intervenir. Le Tribunal de Commerce de Saint-Etienne était saisi, le 24 novembre 1932 (13) d'une demande en dommages-intérêts pour réparation du préjudice causé par une concurrence déloyale ; la veuve G... avait, en effet, acheté un café à la

(11) On pourrait nous rétorquer que l'institution du divorce n'a pas manqué de rabaisser le mariage au rang d'un concubinage... légal !

(12) « Union libre. Exploitation d'un fonds de commerce. Société de fait. Partage », dans la Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1925, p. 258.

(13) Gaz. Pal. 1932.2.321 en sous-note.

demoiselle R... qui avait signé en même temps une clause de non réétablissement valable. En violation de cette clause, la demoiselle R... se comporte comme une associée dans le fonds de commerce que son concubin ouvre aussitôt après la vente ; la demoiselle R... prétend alors que le fonds est exploité par C... seul, mais « il apparaît bien qu'ils exploitent le fonds en commun et que les concubins ont agi sciemment pour rendre inopérant l'engagement ». Il faut donc décalrer C.... responsable du préjudice causé, mais il ne peut se voir interdire l'exercice de son commerce puisqu'il n'est pas engagé par la clause ; en revanche, la demoiselle R... est condamnée sous astreinte à ne pas reparaître dans le commerce de C... Ainsi, les avantages obtenus par le tiers, bénéficiaire de la clause de non réétablissement, qui invoqua la société existant postérieurement entre celui qui a signé la clause et son concubin, sont limités car il ne peut l'opposer à ce dernier.

L'affaire soumise à la Cour de Grenoble, le 1er décembre 1934 (14), posait le problème d'une façon différente : le sieur G... et la dame V... avaient passé, conjointement et solidairement, un contrat de gérance avec l'Union des coopérateurs alpins, sous le nom « d'époux G... » ; en même temps G... seul avait signé une clause de réétablissement dans un périmètre de vingt kilomètres et pour cinq ans, assortie d'une clause pénale. Après la rupture du contrat de gérance, la dame V... avait ouvert à son nom un magasin similaire dans le périmètre interdit ; sur la plainte de l'Union des Coopérateurs, G... déclare que, d'une part, il ne prêtait pas son temps de façon habituelle au nouveau commerce de la dame V..., il est généralement admis que les apparences confèrent des droits à ceux qui en sont victimes, et que celle-ci ayant pris, de façon certaine, la qualité de femme légitime dans ses rapports avec la Coopérative, ne saurait actuellement se prévaloir de son état de concubine pour obtenir un traitement plus favorable,... la femme mariée étant tenue aux obligations contractées par son mari (15), le contrat est opposable à la dame V... » ; de plus, il est constaté que G... consacrait toute son activité au nouveau commerce de la dame V...

(14) La Loi du 15 mars 1935.

(15) Jurisprudence constante en matière de clause de réétablissement signée par un époux.

L'arrêt se fonde donc surtout sur la fausse apparence créée ; il est certain qu'il y avait en l'espèce une faute positive mais la solution eût été la même si la Cour s'était appuyée sur l'existence d'une société de fait entre les concubins pour l'exploitation du premier fonds de commerce, la clause de non réétablissement signée par un associé engageant l'autre associé. De toute façon, la condamnation solidaire des deux concubins au paiement de l'amende fixée dans la clause et à la fermeture du magasin se justifie, quel que soit le fondement qu'on lui donne (16).

Ainsi, par le jeu des règles de la société, les créanciers sociaux ont action sur le patrimoine de l'un et de l'autre concubin et peuvent ainsi déjouer les fraudes facilitées par la cohabitation et la confusion de leurs biens. La possibilité de ces fraudes est encore plus considérable lorsque le fonds de commerce exploité par les concubins se trouve dans une mauvaise situation financière si l'on songe, en effet, que d'une part le fonds de commerce est en général au nom d'un seul des concubins et que d'autre part la confusion pratique des patrimoines permet de faire disparaître l'actif social dans le patrimoine de l'autre concubin ; lorsque la faillite interviendra, les créanciers sociaux ne trouveront que des éléments réduits sur lesquels se payer.

Dans de pareilles hypothèses, la jurisprudence utilise la technique de la société de fait ; dans le même esprit et pour une situation un peu différente, un décret-loi du 8 août 1935 a ajouté un alinéa à l'article 437 du Code de commerce (17) dans lequel il est dit que, en cas de faillite d'une société, les juges pourront déclarer la faillite commune à toute personne qui, sous le couvert de la société masquant ses agissements, « fait dans son intérêt personnel des actes de commerce et dispose en fait des capitaux sociaux comme des siens propres ». Ainsi, la tendance actuelle est-elle d'étendre la faillite à ceux qui, de façon plus ou moins déguisée, ont eu une part de responsabilité dans l'entreprise déficitaire (18).

(16) Si le bénéficiaire de la clause ne peut invoquer une société entre les concubins, il peut avoir recours à la notion de propriété apparente, lorsque la concubine n'est qu'une personne interposée.

(17) Article 446 nouveau.

(18) Ainsi un arrêt de la Chambres des Requêtes du 24 juillet 1933 — Gaz. Pal. 1933.2.798 — étend la faillite au père et à la sœur du failli qui s'étaient immiscés dans la gestion externe du fonds de commerce et étaient comme des associés en nom.

Cependant, les difficultés surgissent lorsqu'il s'agit de combiner la technique de la faillite avec celle de la société de fait, telle que la conçoit la jurisprudence actuelle ; le principe selon lequel une société de fait peut être mise en faillite est acquis (19) mais bien des limites sont apportées à sa mise en œuvre. En particulier, la faillite de la société est impossible lorsqu'il existe des créanciers personnels ; nous avons vu, en effet, que les tribunaux refusaient de reconnaître dans la société de fait une personne morale ; ainsi, il n'existe pas de patrimoine social affecté spécialement aux créanciers sociaux et ceux-ci doivent subir le concours avec les créanciers personnels ; il faut constater d'ailleurs que la réalité justifie quelque peu cette attitude des juges au regard des sociétés de fait. Naissant spontanément, sans volonté préconçue, celles-ci ne possèdent pas de patrimoine social distinct des patrimoines des associés ; or, l'existence d'un patrimoine social distinct constitue l'une des conditions essentielles à la mise en faillite d'une société.

Puisque les créanciers sociaux ne peuvent s'adresser à une personne morale, ils vont s'en prendre aux associés et on ne parlera plus — ou plus exactement, on ne devrait plus parler.... — de faillite de la société, mais bien de faillite des associés ; cette faillite des associés entraîne la liquidation de la société. Ainsi, le concubin qui fait le commerce sera déclaré en faillite et, si les créanciers sociaux peuvent prouver l'existence d'une société entre les concubins, le jugement de faillite sera, selon l'expression de la pratique, déclaré commun à l'autre ; la concubine n'étant pas soumise à l'article 5 du Code de commerce peut être mise en faillite, à la différence de la femme mariée qui ne peut être commerçante lorsqu'elle n'exerce pas une profession séparée. Le résultat est d'ailleurs plus satisfaisant que celui qui est obtenu par la mise en faillite d'une société normale : lorsque les deux seuls associés sont déclarés en faillite, tous leurs biens, même ceux qui ne sont pas affectés à l'exploitation sociale, sont soumis au régime de la faillite (20); ainsi, les deux faillites et la liquidation de la société auront lieu en même temps.

Les quelques décisions de jurisprudence qui sont intervenues à ce sujet, en notre matière, ont correctement fait l'application de ces principes. Ainsi, un arrêt de la Cour de Caen du 30 avril 1926 (21)

(19) Hémard, op. cit., n°* 98 et 99.
(20) Hémard, op. cit., p. 645.
(21) S. 1927.2.150 ; également Trib. Com. Nantes, 23 mai 1932, Gaz. Pal. 1932.2.278.

constate, tout d'abord, en ces termes, qu'il s'agissait bien d'une société commerciale : « ...de l'ensemble des circonstances concordantes... exactement appréciées par les premiers juges, il résulte que la situation irrégulière existant entre S... et la demoiselle C..., en dépit des artifices mis en œuvre pour la dissimuler et pour tromper les créanciers, a créé entre eux à Granville une association de fait indiscutable, ayant pour but commercial et spéculatif l'achat, la mise en l'état et la construction, ainsi que la revente d'immeubles, opérations qui, aux termes de l'article 39 de la loi du 13 juillet 1925, constituent des actes de commerce » ; puis, posant le principe que « ...chacun des associés de fait ayant pris part à la gestion commerciale exercée en commun, en contractant des engagements conjoints, doit être tenu, conjointement avec son associé, du passif social », l'arrêt en tire la conclusion normale : « c'est à bon droit que la demoiselle C...., soumise en tant que commerçante à l'application de l'article 437 du Code de Commerce, a été déclarée en faillite et que cette faillite a été jointe à celle de S... ».

Il est inutile de reprendre ici les effets de la faillite car il suffit de remarquer qu'il y aura deux faillites séparées mais que, en raison de la solidarité commerciale, le passif social sera appliqué en totalité à chacune des masses alors que l'actif sera attribué directement à la masse de chaque associé failli. Ainsi, les créanciers sociaux pourront poursuivre pour le tout chaque failli alors que les créanciers personnels ne pourront engager leurs poursuites que contre l'associé qui est leur débiteur personnel. Il convient enfin de remarquer que la liquidation judiciaire peut s'appliquer de même aux concubins associés, ainsi que les règles de la banqueroute ; un arrêt ancien de la Chambre criminelle du 8 août 1867 (22) décide que, dès lors que la concubine s'est associée aux actes de son concubin et qu'il existait entre eux une société de fait, il lui incombait l'obligation de faire la déclaration de cessation de paiements, faute de quoi elle se rend, elle aussi, coupable de banqueroute.

Ainsi, il ressort de cette étude que les tiers ont un intérêt majeur à faire reconnaître entre les concubins l'existence d'une société apparente ou réelle, surtout lorsque cette société a une nature commer-

(22) D.P. 1868.1.41.

ciale. Dans ce cas, en effet, ils peuvent obtenir la condamnation solidaire du concubin avec lequel ils n'ont pas traité directement, pourvu qu'il s'agisse d'une obligation sociale, et ils peuvent bénéficier également de la protection offerte par les règles de la faillite et de la liquidation judiciaire. Si la société reconnue est de nature civile, ils pourront seulement obtenir la mise en cause de l'autre concubin, la solidarité ne pouvant être obtenue qu'en cas de faute de la part de ce dernier.

En définitive, la contradiction existant entre l'absence de liens juridiques et l'existence d'intérêts communs entre les concubins ne préjudicie pas forcément aux droits des tiers. Ceux-ci sont protégés, par les précautions, quelquefois surabondantes, qu'exige la pratique pour les transactions de quelque importance, contre les manœuvres des concubins se faisant passer pour époux. En matière de commerce, grâce à la société créée de fait par les concubins, ils pourront utiliser les règles de la société. Enfin, les commerçants trouveront dans la théorie de la responsabilité délictuelle et dans les règles de la représentation les moyens de se faire payer sur la bourse commune des concubins. Il semble donc que l'édifice ne présente que peu de lacunes ; sans doute avons-nous relevé dans la jurisprudence des erreurs de principe et des assertions osées ; si elles sont condamnables sur le terrain juridique pur, n'oublions pas qu'elles ont l'excuse de la nécessité pratique et considérons qu'elles n'aboutissent pas, dans les faits, à augmenter ou à rétrécir de façon abusive la protection équitable due aux tiers et réalisée à leur profit.

CONCLUSION

L'étude des différents problèmes soulevés par la liquidation des biens des concubins nous a montré la variété des situations, créées par l'union libre, qui appellent une solution juridique ; d'autre part, le principe subsiste selon lequel le concubinage ne peut créer par lui-même des obligations au profit des concubins ou des tiers ; placée entre ces nécessités pratiques et les exigences générales, la jurisprudence a-t-elle toujours su garder le juste milieu ? Il serait imprudent de l'affirmer : il semble, en effet, que le concubinage ait exercé son influence néfaste, non seulement sur les bases de la société mais encore, parfois, sur les tribunaux. Tantôt ceux-ci ont été attirés par la similitude des situations engendrées par le mariage et en ont adopté les techniques ; tantôt, dans d'autres domaines, ils ont repoussé l'extension des règles du droit matrimonial mais pour tomber, alors, dans l'excès contraire. Et pourtant, la réaction jurisprudentielle contre l'institution d'un « mariage de seconde zone » paraît s'étendre aux problèmes patrimoniaux : l'admission de la société universelle entre concubins devient de plus en plus rare ; le contrôle des tribunaux sur les conditions d'existence des sociétés particulières se resserre et la rémunération du travail professionnel de la concubine devient plus fréquente, sans pour cela dépasser les limites qu'imposent les circonstances de fait.

Il reste encore beaucoup à faire. Pour que cette tendance s'affirme, il convient de rendre plus précise la séparation entre la

communauté de vie et la communauté de travail ; seule, la seconde peut être susceptible d'organisation juridique, soit par le jeu d'une société particulière dont les contours doivent être mieux fixés, soit par une juste rémunération du travail, fourni par le concubin employé de l'autre ; enfin, la protection des tiers doit être assouplie afin de mieux s'adapter aux multiples aspects que revêtent leurs rapports avec le faux ménage. Telle est l'œuvre qui s'offre à la jurisprudence française si elle entend maintenir sa position de principe envers l'union libre sans pour cela méconnaître les droits qui peuvent et doivent être finalement protégés.

Il est vrai que certains auteurs (1) ont paru souhaiter l'intervention du législateur dans cette question jugée, par eux, trop grave pour que la jurisprudence prenne à elle seule toute la responsabilité de la solution. Si une telle opinion peut sembler séduisante, au premier abord, elle apparaît, au contraire, comme insoutenable et même dangereuse lorsque l'on cherche à l'approfondir un peu. L'intervention du législateur, en pareille matière, serait, en effet, fort mal placée : ou bien il interviendrait pour prononcer l'interdiction pure et simple de cet état — ou seulement pour le pénaliser —, ou bien il consacrerait le concubinage comme pouvant engendrer des conséquences juridiques.

Dans la première hypothèse, on peut avancer que la vue de quelques condamnations ne serait très certainement pas suffisante pour enrayer le mouvement progressif du concubinage ; le résultat pratique serait maigre car ce n'est certes pas par des sanctions que les questions soulevées seraient résolues ; les difficultés qui se posent aujourd'hui existeraient encore demain et rien ne serait changé. Dans la seconde hypothèse, le concubinage serait reconnu comme un mode d'union différent, mais aussi normal que le mariage et l'état qui en résulterait serait pour ainsi dire de deuxième zone par rapport à la famille légitime ; ce serait là, à notre avis, une des plus graves dispositions légales que l'on puisse imaginer qui, sans parler des répercussions sociales et familiales qui ne manqueraient pas de se faire sentir, engendrerait, du seul point de vue juridique, les conséquences les plus fâcheuses.

(1) Désiry. Rev. crit. 1932 ; Perraud-Charmentier, Rép. gén. jurispr. 1933, n° 1.

La législation est le reflet de la civilisation et il faut bien dire qu'il y aurait quelque chose de vraiment choquant si nous avions un régime légal de concubinage ; lorsque le droit romain l'avait admis, c'était sans doute pour de justes raisons, mais ses origines réprouvent sa reconnaissance au XX^{me} siècle car si, en théorie, elle permettrait la régularisation de certaines situations assez claires, elle servirait bien plus souvent à camoufler d'obscures débauches (2). L'intervention du législateur dans la matière qui nous intéresse ne peut donc qu'aggraver la situation et entraîner les répercussions les plus défavorables ; aussi vaut-il mieux souhaiter qu'il ne s'en mêle pas.

Les tribunaux continueront donc la tâche commencée, apportant aux difficultés qui se présentent la solution la plus sage, agissant avec une extrême prudence et avec un peu moins de hardiesse — peut-être — qu'ils n'en ont montré dans certaines espèces dont ils ont eu à s'occuper (3). Le rôle de la jurisprudence est, en effet, nécessaire et suffisant ; une attitude unique serait dangereuse et la réponse sera différente suivant les cas. En définitive, satisfaction ne sera donnée que dans la mesure où seront maintenus et respectés les vieux principes de notre droit et de notre civilisation.

(2) De ce point de vue, le récent revirement du droit soviétique à l'égard du mariage et de la famille légitime n'est-il pas éloquent ?

(3) La même tendance se retrouve, d'ailleurs, dans la jurisprudence administrative : un très récent arrêt — 13 mars 1964 — rendu par la Section du Contentieux du Conseil d'Etat ne décide-t-il pas que les préfets peuvent légalement pourvoir, par voie de réquisition, au logement de deux personnes vivant en concubinage !...

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, 6e éd. par P. ESMEIN, t. VII, n° 491.

BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE : *Cours de droit civil français*, 2e éd., t. XII, nos 420 et s.

COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, 11e éd., Paris, 1947, t. I, p. 132.

ESCARRA et RAULT : *Les sociétés commerciales*, 1950, t. I, p. 116, 204 et s.

ESMEIN (A.) : *Le mariage en droit canonique*, 2e éd., 1935, t. II, p. 127.

GIRARD : *Manuel de droit romain*, 7e éd., 1924.

HAMEL et LAGARDE : *Traité de droit commercial*, Paris, 1954, n° 412.

HÉMARD (Joseph) : *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des de fait*, Paris, 1926, 2e éd.

HOUPIN et BOSVIEUX : *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 7e éd., 1935, t. I, nos 86 et 142.

JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., 1938, t. I, p. 614.

LYON-CAEN et RENAULT : *Traité de droit commercial*, 15e éd., 1928, t. II, n° 73.

MAZEAUD (H. et L.) : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 5e éd., 1960.

MAZEAUD (H., L. et J.) : *Leçons de droit civil*, Paris, 1956, t. I, p. 713.

PLANIOL, RIPERT et ROUAST : *Traité pratique de droit civil français*, 5e éd. 1950, t. II, nos 71 et s.

THESES

AUBINEAU : *Etude critique des conséquences de l'union libre*, Poitiers 1921.

AVIGDOR : *Examen critique des tendances modernes dans le mariage et vers l'union libre*, Paris, 1909.

BARRAL : *Condition juridique de la femme vivant en union libre*, Montpellier 1928.

BENOIT-CATTIN : *Les effets juridiques de l'union libre*, Grenoble 1922.

BEUCHER : *La notion actuelle de concubinage*, Paris 1932.

BOITÉ : *Les sociétés de fait*, Paris 1906.

BOYER : *Conséquences juridiques des états de fait entraînés par l'union libre*, Montpellier 1908.

CARBONNIER : *Le régime matrimonial*, Bordeaux 1932.

CARRAUD : *De la liquidation des biens à la cessation du concubinage*, Besançon 1936.

CRATUNESCO : *L'union libre au point de vue juridique et social*, Paris 1913.

DECHEZELLES : *Des libéralités entre concubins*, Rennes 1933.

DELUCENAY : *Des sociétés de fait en droit français*, Dijon 1910.

DENOIX de SAINT-MARC : *Le concubinage, sa notion, ses effets*, Bordeaux 1927.

FERNEX de MONGEX : *Le règlement des intérêts pécuniaires dans le concubinage*, Lyon 1938.

GRUWEZ : *L'évolution de la législation et de la jurisprudence en ce qui concerne les droits de la concubine*, Paris 1935.

GUINARD : *Effets juridiques de l'union libre en jurisprudence*, Paris 1933.

JOURDAIN : *Les faux ménages dans leurs relations avec les tiers et spécialement avec la famille légitime*, Paris 1933.

LANDRE : *Le concubinage devant la loi et la jurisprudence moderne*, Grenoble 1921.

LEROY : *Le concubinage dans le droit français actuel*, Lille 1909.

LIBOTTE : *De l'état de concubinage*, Lille 1921.

LOUBERS : *Essai d'une théorie générale des sociétés de fait*, Paris 1908.

MARTIN (G.) : *Evolution contemporaine du concubinage*, Paris 1960.

MAZEAUD (H.) : *Le conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit de l'article 1347*, Lyon 1921.

PEYTEL : *L'union libre devant la loi*, Paris 1904.

PIÉDELIÈVRE : *Des effets produits par les actes nuls*, Paris 1911.

REGARD de VILLENEUVE : *La crise du mariage et le problème juridique de l'union libre*, Lyon 1910.

SCREPEL : *Les sociétés créées de fait*, Strasbourg 1963.

TALLON : *Les problèmes patrimoniaux posés par l'union libre*, Paris 1949.

ZERAH : *La société de fait*, Paris 1949.

ARTICLES

CARBONNIER : « Terre et Ciel dans le droit français du mariage », Paris 1950.

DESIRY : « Les conséquences juridiques du concubinage », Revue critique 1932, p. 488.

ESMEIN (P.) : « Le problème de l'union libre », Rev. trim. de dr. civ. 1935, p. 747.

ESMEIN (P.) : « L'union libre », D.H. 1935, p. 49.

JOSSERAND : « L'avènement du concubinat », D.H. 1932, p. 45.

MAZEAUD (H.) : « La maxime *error communis facit jus* », Rev. trim. 1924, p. 9929.

MAZEAUD (L.) : « De la liquidation des sociétés entre époux », Revue critique 1928, p. 291.

MAZEAUD (L.) : « Obligations *in solidum* et solidaires entre co-débiteurs délictuels », Revue critique 1930, p. 141.

MAZEAUD (H. et L.) : Note à la Rev. trim. 1953, p. 709, n° 37.

MOREAU : « Associations en participation et sociétés de fait », Journal des Notaires et des Avocats, Paris 1958.

MOLIERAS : « De la liquidation des sociétés de fait », Rev. Soc. 1925, p. 16.

NAST : « L'union libre et l'exploitation d'un fonds de commerce », Rev. crit. 1925.

NAST : « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal », D.H. 1938, p. 37.

De NAUROIS : « Les sociétés entre concubins », Rev. crit. 1937, p. 657.

PERRAUD-CHARMENTIER : « Le statut du concubinage », Rép. gén. Jurisp. 1933, n° 1.

SAVATIER (R.) : « L'union libre et la jurisprudence française », Rev. crit. 1936, p. 413.

SAVATIER iR.) : « Le Droit, l'Amour, la Liberté », Paris 1937.

SOLUS (H.) : « De la liquidation entre associés des sociétés de fait », Rev. Soc. 1922, p. 216.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION 1

Titre Premier

LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS EN PRÉSENCE D'UNE SOCIÉTÉ DE FAIT 11

CHAPITRE PREMIER. — *Conditions d'existence des sociétés entre concubins* 13

Section I : Les sociétés universelles entre concubins 14

Section II : Les sociétés particulières entre concubins.... 24

CHAPITRE II. — *Nature juridique et preuve des sociétés entre concubins* 41

Section I : Influence de la nature de la société sur le mode de preuve 46

Section II : La technique de la preuve des sociétés entre concubins 55

CHAPITRE III. — *Effets des sociétés entre concubins* 69

Section I : Les problèmes de liquidation soulevés 69

Section II : Les solutions proposées 88

Titre II

LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS EN L'ABSENCE D'UNE SOCIÉTÉ DE FAIT 101

CHAPITRE PREMIER. — *La pratique jurisprudentielle* 103

Section I : La séparation des patrimoines confondus des concubins 104

Section II : L'idée d'enrichissement sans cause comme base de liquidation 115

CHAPITRE II. — *Valeur et portée des différents systèmes de liquidation* 131

Section I : Eu égard à l'intérêt des concubins 131

Section II : Eu égard à l'intérêt des tiers 133

CONCLUSION 149

BIBLIOGRAPHIE 153

TABLE DES MATIÈRES 157

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS — 1.166
Dépôt légal : 4e trimestre 1967

Imprimerie Savoyarde - G. Ducrot - Cran-Annecy